

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

D U
BIEN DE FAMILLE
EN ALLEMAGNE

ET DE

LA POSSIBILITÉ DE SON INSTITUTION EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 29 novembre 1899, à 4 heures

PAR

PIERRE VERDELOT

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Président : M. MASSIGLI.

Suffragants : { MM. SALEILLES,
 SOUCHON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU
BIEN DE FAMILLE
EN ALLEMAGNE

ET DE

LA POSSIBILITÉ DE SON INSTITUTION EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 29 novembre 1899, à 4 heures

PAR

PIERRE VERDELOT

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Président : M. MASSIGLI.

Suffragants : { MM. SALEILLES, } professeurs.
 SOUCHON, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1899



DU
BIEN DE FAMILLE EN ALLEMAGNE

ET DE
LA POSSIBILITÉ DE SON INSTITUTION EN FRANCE

PRÉFACE

Parmi les questions actuellement à l'ordre du jour chez nos voisins de l'Est, il en est peu auxquelles les Allemands attachent autant d'importance qu'à celle de la réglementation du droit successoral paysan.

Faut-il maintenir entre héritiers *ab intestat* d'un domaine rural l'égalité de droits, aboutissant aisément à un partage en nature, telle que la formulent le droit romain, le Code français et les législations civiles de l'Allemagne moderne (notamment le Landrecht prussien) ? Ne convient-il pas plutôt d'attribuer la totalité du domaine rural à l'un des héritiers à charge par lui de payer à ses cosuccessibles des soultes dont le taux modéré permette la poursuite de l'exploitation du bien aux mêmes conditions que du vivant du chef de famille ?

Telles sont, en quelques mots, les deux solutions données à l'important problème qui passionne présentement juristes et économistes allemands.

Les uns, la minorité, estiment que la première solution est la meilleure, ils la trouvent marquée au coin de

la sagesse humaine. La sollicitude paternelle, égale pour tous, trouve sa plus fidèle expression dans des droits successoraux égaux. Pratiquement, ce régime n'a pas eu de mauvais résultats, disent-ils ; il donne, il est vrai, au sol, une grande mobilité, mais en morcelant la propriété il la rend accessible à tous, il permet ainsi à chacun sur sa propre terre, de fonder un foyer familial, si modeste soit-il.

Les résultats fâcheux qu'on s'est plu à attribuer à ce régime n'en sont pas une conséquence nécessaire ; ils viennent moins de lui que d'autres causes dont l'élimination relève d'autres moyens que de la suppression de l'égalité entre héritiers. Les partisans (1) de ce régime de propriété invoquent volontiers l'exemple de la France et les faits, à l'appui de leur argumentation, ne manquent pas d'ailleurs en Allemagne.

D'autres, et c'est la très grande majorité, estiment qu'il serait grand temps de bannir des lois ce régime du partage égal, tout au moins pour la propriété rurale (2). Il faut abandonner ces traditions romaines, ces théories fâ-

(1) MM. Gothein, Bücher et surtout Brentano.

(2) Dans tout ce mouvement de réforme il n'est question que de la propriété rurale et surtout, pour ne pas dire exclusivement, de la propriété rurale paysanne. La grande propriété se trouve amplement protégée par des institutions spéciales, notamment par les fidéicommiss, dont il sera question au cours de notre travail. La propriété immobilière urbaine, en raison de sa valeur spéciale surtout dans un Etat très peuplé, de son mode particulier d'exploitation (fruits civils, non soumis aux variations climatériques), ne se trouve pas dans les mêmes conditions que la propriété rurale à l'égard du partage successoral. Pour les valeurs incorporelles notamment, les fonds de commerce, les facilités de leur réalisation, en général, le développement du crédit, la prospérité du commerce et de l'industrie en Allemagne, enfin la pratique des assurances sur la vie enlèvent à la question de la transmission intégrale son caractère pratique. Tout ceci se rattache à la différence existant entre l'exploitation industrielle et l'exploitation rurale, celle-ci dépendant beaucoup plus que celle-là des facteurs naturels. Comme le disait M. Thiel à la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik (septembre 1894) :

cheuses de la législation révolutionnaire consignées dans le Code civil français, auxquelles sans distinction on appliquerait volontiers la qualification de « droit haineux », réservée par nos anciens à notre pur droit coutumier, il les faut abandonner pour en revenir aux saines traditions germaniques.

Comment des *leges Barbarorum* somme toute profondément égalitaires, entre les mâles tout au moins, fait-on dériver une législation qui ne l'est pas, c'est ce qui fera, en son lieu et place, l'objet d'une discussion approfondie. Pour le moment, résumant en quelques mots les abondants développements consacrés par les partisans de l'Anerbenrecht aux vues qu'ils attribuent en cette matière au droit germanique, nous dirons : Le droit germanique ne considérait pas la terre comme une marchandise, il voyait dans sa détention une sorte de fonction (*Amt*) (1). La fonction comme toute fonction était indivisible, elle ne se transmettait qu'à un seul des enfants (2). C'est de ces idées que naquit l'Anerbenrecht.

Il faut revenir à cette coutume selon les partisans de l'Anerbenrecht. Elle seule permet de créer une solide classe de paysans (*ein gesunder Bauernstand*), de paysans non endettés, partant indépendants, ne craignant pas les

« L'exploitation rurale ne peut pas au cours d'une vie servir l'intérêt d'un très grand nombre de parts héréditaires égales et les amortir pour pouvoir, en présence de nouveaux décès et de nouvelles transmissions successorales, supporter encore un nouveau partage sans accroissement des charges. L'exploitation industrielle a précisément de tout autres conditions de production et de profit, ne serait-ce déjà que pour cette raison, qu'on peut l'étendre à volonté. » *Schriften des Verein für Social Politik*, t. LXI, p. 395.

(1) Gierke, *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 224. Cf. pour l'exposition de cette théorie, la collection d'articles de M. Brentano, réunis sous le titre suivant : « *Ueber Anerbenrecht und Grundeigentum* » (Separat-Abdruck aus der « *Zukunft* »), pp. 4 et 27.

(2) Ce n'était pas nécessairement l'aîné.

crises agricoles; adonnés à la production des éléments nécessaires à la vie d'un grand peuple (production de céréales et élevage), constituant tant au point de vue économique qu'au point de vue politique, une assise inébranlable, particulièrement précieuse dans les moments de troubles, une sorte d'îlot de terre ferme dans le sable mouvant de nos sociétés agitées.

Il ne s'agit pas, remarquons-le, de protéger le domaine de tous les propriétaires ruraux, mais seulement d'une certaine classe (1), du *Bauernstand*, de la classe des paysans. En ce sens le mot « paysans » a une signification classique en Allemagne, il désigne le propriétaire qui peut se suffire à lui-même et trouve dans l'exploitation de son domaine une source d'occupation pour lui et sa famille. Le paysan allemand, c'est l'équivalent de notre moyen propriétaire français, mais un moyen propriétaire ayant un domaine plus étendu, pouvant selon les régions osciller dans les limites très élastiques de 10 à 100 hectares. C'est à cette moyenne propriété qu'il s'agit d'assurer une stabilité relative par un régime raisonné de transmissions successorales d'où l'on exclura les fausses considérations de sentiment.

Les éléments de la reconstitution d'un *Anerbenrecht* légal ne manquent pas ; les habitudes héréditaires contiennent dans une bonne partie de l'Allemagne des amorce précieuses. Il ne s'agit, disent les partisans de la réforme, que de donner une sanction légale à ce qui fonctionne de par la coutume. Les premiers pas en ce sens ont été faits, il y a quelques années déjà, par le gouvernement de l'État qui joue le rôle prépondérant dans le nouvel Empire, par le gouvernement prussien. Il obéissait alors à une impulsion beaucoup plus qu'il ne la don-

(1) Du moins en règle ; il y a des exceptions ; mais elles confirment la règle.

nait, il agissait plutôt par habileté politique que par conviction pour donner satisfaction aux réclamations (1) de sujets nouvellement incorporés dans la monarchie.

Ayant, à cette époque (1870), à ménager les idées manchestériennes encore puissantes en Allemagne, il adopta un moyen terme qui devant satisfaire tout le monde, amis et adversaires de la réforme, ne satisfit personne. De ce compromis d'idées sortit le régime de Höferollen, que l'on étendit dans la suite à d'autres parties du royaume de Prusse.

Depuis, d'une part les constatations faites au cours de la crise agraire, provoquée en grande partie par la concurrence des pays neufs, entretenue peut-être par une politique économique, plutôt orientée dans le sens d'un développement industriel et commercial, d'autre part, certaines indications électorales, tout en un mot a concouru à transformer le gouvernement prussien en un champion aussi décidé de la réforme qu'il l'était autrefois du « laisser faire, laisser passer ». L'arrivée aux affaires de M. Miquel, l'un des promoteurs les plus actifs du mouvement de réforme, a fait entrer le gouvernement prussien dans une voie décisive. Le système anodin des Höferollen, qui n'a réussi nulle part sauf en Hanovre semble devoir dans un avenir peu éloigné céder la place au système plus énergique de l'Anerbenrecht *ab intestat* (2).

Si les partisans de ce nouvel Anerbenrecht ont, il est vrai, échoué dans leur prétention de donner à l'institution qu'ils patronnent une place dans le nouveau Code civil et

(1) Cf. de Loynes, *Rapport à la réunion annuelle de la Société d'économie sociale* du 30 mai 1891, IV^e fascicule de l'enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession faite sous les auspices de la *Société d'économie sociale*, p. 8 ; *Vide infra*, p. 459.

(2) Loi du 8 juin 1896, pour les Rentengüter ; Loi du 2 juillet 1898, pour la Westphalie et les cercles de Rees, Essen (campagne), Essen (ville), Duisburg, Ruhrort et Mülheim sur la Ruhr.

de lui faire ainsi obtenir droit de cité dans la législation d'empire, du moins ont-ils obtenu dans le B. G. B. (1) lui-même de précieux articles et dans l'Einführungsgesetz de plus précieux encore, réservant notamment aux législations locales la possibilité de légiférer sur la matière (2).

Cette réserve a une signification pour presque tous les États de l'empire. En adoptant le Code Napoléon au début du siècle, le grand-duché de Bade y insérait une série d'articles favorables à la transmission intégrale pour une notable partie de son territoire. Le royaume de Wurtemberg à côté d'une région de morcellement renferme une région d'Anerbenrecht coutumier ; le même phénomène s'observe en Bavière. Les lois en Saxe visent plus au maintien des biens eux-mêmes qu'à leur conservation dans les familles (3). Les autres États de l'Empire ont des lois dont l'intérêt juridique rachète en quelque sorte l'exiguïté du domaine d'application (4).

Ce serait se faire de l'institution du bien de famille en Allemagne une idée inexacte que d'en suivre le développement dans la seule institution de l'Anerbenrecht. Il est d'autres institutions d'une antiquité respectable où l'idée de propriété familiale a trouvé sa complète expression (5). Les fiefs qui, pratiquement depuis le déclin de la féodalité avaient dépouillé leur caractère d'institutions de droit public, mais qui ne l'ont perdu juridiquement qu'avec les lois relativement récentes d'allodification, sont devenus, à quelques exceptions près, soit de paisibles quasi-fidécourmis de droit privé, soit des fidécourmis purs et sim-

(1) §§ 1515, 2032 et 2049. B. G. B. est l'abréviation de bürgerliches Gesetzbuch (Code civil).

(2) §§ 59, 64, 137.

(3) Cpr. *infra*.

(4) Exemple ; législation de Lippe Detmold.

(5) Cf. Miaskowski, *Das Erbrecht und die Grundeigentumsvertheilung im deutschen Reiche*, II^e partie, Leipzig, 1884, introduction, p. 1.

ples. Dans un avenir prochain, la transformation du fief en fidéicommis sera complète, l'institution agonisante modifiée ne se perpétuera que par l'emprunt de la sève, plus jeune, plus vigoureuse, d'une institution plus récente.

Le fidéicommis allemand, c'est le vêtement romain de la pensée germanique de conservation des biens dans les familles. C'est un produit de la réception du *corpus* en Allemagne, produit accueilli comme succédané d'une institution de toutes la plus vénérable, le Stammgut dont l'usage s'était, sous l'action du temps, cantonné dans la haute noblesse et d'une façon sporadique dans la petite noblesse.

Juridiquement distinctes surtout au point de vue de leur histoire, ces deux institutions, qui ont résisté aux assauts des événements, ont économiquement les mêmes conséquences, celles que produit la grande propriété. Aussi sont-elles l'objet de discussions fréquentes et ne rencontrent-elles pas dans l'opinion l'accueil fait à l'Anerbenrecht. Elles ont d'ailleurs aussi leurs défenseurs dans ceux qui, fascinés par les incontestables avantages économiques d'une grande exploitation techniquement bien conduite (1), sont assez disposés à faire bon marché de ses inconvénients sociaux.

C'est l'étude de ces divers aspects du bien de famille allemand que nous avons entreprise ; ils ne sont pas appelés à un égal avenir, mais méritent à des titres divers d'attirer notre attention. Il n'entre pas dans notre plan de faire une histoire détaillée des fiefs, mais il peut être in-

(1) Ces grandes exploitations ne comptent pas seulement des admirateurs dans les rangs des grands propriétaires, ce qui est peut-être un peu intéressé, il est des réformateurs de la société qui en font grand cas. Un des ouvrages les plus complets qui aient paru dans ces derniers mois sur les questions agraires, « *Die Agrarfrage* », d'un disciple de Karl Marx, Karl Kautsky (Stuttgart, 1899) ne tarit pas d'éloges sur la grande exploitation, mais... naturellement entre les mains d'autres que les grands propriétaires.

téressant de montrer, surtout dans un pays où l'on aime les solutions radicales, comment une institution, pour me servir d'une expression vulgaire, « meurt de sa belle mort » en rendant jusqu'à son décès tous les secours que l'on peut attendre d'elle (1).

Le Stammgut a droit à une place importante ; c'est lui le point de départ de l'évolution ou plutôt la première expression de l'idée qui sommeillait dans la conscience germanique ; le fidéicommis en est avec quelques variantes une expression rajeunie, l'Anerbenrecht surtout dans la pensée de ses promoteurs la formule moderne (2). Le nouveau Code n'abolit pas les fiefs ni les Stammgüter bien que le législateur escompte la disparition des premiers.

L'ordre dans lequel nous étudierons ces diverses institutions sera l'ordre de leur importance historique.

Le rôle joué par chacune d'elles n'a pas été le même aux diverses époques de la vie juridique du peuple allemand. Le Stammgut naquit des lois barbares, le fief de la féodalité, le fidéicommis de la réception du droit romain.

Mais tandis que les deux premiers semblent avoir perdu avec les ans leur vigueur, le dernier semble avoir dans les remaniements que lui a fait subir le législateur moderne puisé une force nouvelle.

Nous étudierons dans une 1^{re} partie les origines ;

(1) Cet état d'esprit, cette patience qui caractérisent les Allemands, — beaucoup prendraient pour devise le mot de Stein « Das gegenwärtige muss aus dem Vergangenen entwickelt werden, wenn man ihm eine Dauer für die Zukunft versichern will » — se manifeste sous des aspects très divers. On en pourrait donner bien des exemples. La 2^e commission de rédaction du Code civil ne semble pas avoir été favorable au fidéicommis ; cependant elle a maintenu l'institution en donnant entre autres comme raison, qu'appelée à codifier le droit existant, elle n'avait pas à intervenir dans l'évolution d'une institution en vigueur. Cf. Haidlen Bürgerliches Gesetzbuch, IV, p. 465 ; De Loynes, p. 12.

(2) Quoiqu'il ait aussi une très longue histoire.

Dans une 2^e les *Stammgüter* ;

Dans une 3^e les fidéicommiss et les fiefs ;

Dans une 4^e l'*Anerbenrecht*.

Cette dernière sera de beaucoup la plus importante. C'est de son étude que nous partirons pour tenter une comparaison avec notre législation successorale française.

Par une coïncidence curieuse nous avons eu en France un mouvement analogue à celui qui règne actuellement en Allemagne. Il fut de moindre durée mais d'une intensité dont le souvenir n'est pas perdu. Il a même gardé une assez mauvaise réputation. Je veux parler du projet présenté à la Chambre des pairs en 1826, mais qui, soutenu principalement par le garde des sceaux de Peyronnet, a conservé devant l'histoire le nom de son défenseur.

L'opinion avec son sens robuste, peu soucieux des nuances, dédaigneux des subtilités, le qualifia alors de « projet de rétablissement du droit d'aînesse », indiquant assez bien par là les terreurs que cette tentative législative lui avait fait concevoir par ses conséquences.

Le but que se proposait alors le gouvernement était surtout politique, il lui donnait une allure constitutionnelle en insistant sur la nécessité d'éviter des morcellements de propriété qui eussent désagrégé le pays légal (1). En Allemagne on a actuellement un but plus large. Mais ce qu'il y a de remarquable dans les projets actuels du gouvernement prussien et dans ceux du gouvernement de la Restauration, c'est l'identité des moyens. De part et d'autre on veut établir un régime successoral *ab intestat* anti-égalitaire, en laissant la faculté d'y déroger par testament... mais avec l'espoir qu'il ne sera pas fait usage de cette liberté sinon la loi manquerait son effet. La Chambre des pairs repoussa le projet de loi de 1826 et elle

(1) Le droit électoral reposait sur le principe du cens : 1^o cens d'éligibilité ; 2^o cens d'électorat.

n'en laissa passer qu'une extension des substitutions que 23 ans plus tard la deuxième République supprimait. Depuis 1826 les attaques contre le Code civil n'ont pas cessé, après avoir revêtu le caractère de polémiques, elles ont pris sous le second Empire avec Le Play un caractère plus scientifique. Certaines dispositions fâcheuses de notre Code, aggravées par une jurisprudence abusive, ont soulevé de très vives critiques.

On ne s'en est pas tenu là. Attribuant à nos lois successorales une part prépondérante dans certains défauts de notre organisation sociale (dépopulation, absence d'esprit d'initiative), on les a mises en suspicion, on a instruit leur procès. On a proposé comme moyens de réforme, certaines institutions étrangères, notamment l'Anerbenrecht allemand. Dans quelle mesure la solution se recommande-t-elle ? Ce qui est bon dans tel pays, sous telle latitude, dans telles conditions climatiques, économiques, historiques et sociales, peut-il être bon ailleurs ? Nos lois réclament-elles une réforme radicale ou quelques modifications de détail ? Autant de questions que nous nous proposons d'examiner en terminant.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

CHAPITRE PREMIER

DE L'ORGANISATION DE LA PROPRIÉTÉ GERMANIQUE.

Selon un phénomène bien connu des historiens du droit, les Germains ignorèrent primitivement la propriété privée du sol. Sous les Mérovingiens la notion d'appropriation privative s'était étendue à la terre mais sans faire disparaître le souvenir d'un état de choses antérieur dont les vestiges se sont maintenus jusqu'à nos jours dans certaines parties de l'Allemagne actuelle (1). C'était là le produit d'une évolution dont il nous faut résumer les principaux traits.

De la relation de César (2), il semble bien résulter que

(1) Les « Waldgenossenschaften » du cercle de Wittgenstein, les « Haubergsgenossenschaften » du Siegerland et les « Gehöferschaften » du cercle de Trèves nous offrent encore un exemple fidèle de la communauté agraire germanique décrite par César et Tacite. Cf. sur le régime agricole tout à fait primitif de ces régions : Buchenberger, *Lehr und Handbuch der politischen Oekonomie*, von Adolph Wagner, II Theil, *Agrarwesen und Agrarpolitik*, Leipzig, 1892, tome I, p. 27.

(2) *De Bello Gallico*, 4, c. 1. Après avoir décrit les occupations guerrières des Suèves qui employaient une partie notable de la population, César ajoute : « Sic neque agricultura nec ratio atque usus belli

les Suèves pratiquaient une sorte de communisme agraire ; les autres peuplades germaniques (1), sans avoir la notion de la propriété privée, connaissaient du moins l'exploitation familiale des terres attribuées périodiquement par les « magistratus » et les « principes ». Tous menaient une vie nomade.

Un siècle et demi plus tard, lorsque Tacite écrivait sa *Germanie*, cette vie nomade avait cessé, la famille germanique avait alors un foyer stable, possédé en propre (2) (maisons et enclos), mais rien de plus. Elle ignorait encore l'appropriation individuelle de la terre arable (3). Peut-

intermittitur, sed privati ac separati agri apud eos nihil est, neque longius anno remanere uno in loco incolendi causa licet. »

(1) *De Bello Gallico*, 6, c. 22.

(2) *Arg. Germanie*, chap. XVI.

(3) C'est ce qui semble résulter du fameux chapitre 26 de la *Germanie*. Cf. Viollet, *Histoire du droit civil français*, Paris, 1893, p. 556. Adde, Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 3^{te} Auflage Leipzig, 1898 ; Zimmerle, *Das deutsche Stammgutssystem nach seinem Ursprung und seinem Verlauf*, Tübingen, 1857, § 1, a cependant contesté cette interprétation ainsi que celle donnée aux 2 passages du *de Bello Gallico* cités aux notes précédentes. Pour cet auteur, les Germains ont connu dès l'origine la propriété immobilière individuelle. On ne saurait se fier au récit de César ; il raconte le choc qu'il a eu à subir de la part de quelques peuplades en migration vers l'Ouest, il décrit notamment sa campagne contre les Suèves ; Tacite, au contraire, a écrit à une époque moins troublée, à une époque où les Romains comprenaient mieux la vie germanique ; c'est à son récit qu'il faut accorder crédit. Quant à compléter César et Tacite l'un par l'autre, il ne faut pas y songer, il convient de les examiner isolément (p. 4, *ad notam*). Leur point de vue est différent et celui de César beaucoup plus borné que celui de Tacite. Cependant l'auteur est forcé de reconnaître (p. 6), que la propriété privée n'existait pas chez les Suèves. Le passage de César n'est donc pas dénué de valeur ; quant au chapitre 26 de la *Germanie*, l'auteur y voit la description d'un premier allotissement lors d'un établissement en pays étranger. Mais il est peu probable que Tacite, qui n'avait pas à dépendre les migrations mais les institutions d'un peuple fixé ait, voulu parler subitement d'une occupation de territoire. Indépendamment de motifs culturels en faveur de l'opinion soutenue au texte, cf Schröder, p. 55.

être cependant, dès cette époque, une sorte de propriété privée s'était-elle constituée au profit des rois et des princes (1), sur les biens formant la dotation de leur charge, un contact de plusieurs générations entre leur race et le sol (2) avait fait naître cette sorte de familiarité de l'homme et de la terre d'où résulte le droit de propriété. La propriété la plus répandue, celle de la maison et de l'enclos, n'était pas inaliénable, mais elle ne pouvait qu'être difficilement aliénée. Le passage du foyer dans d'autres mains constituait une affaire familiale.

La propriété elle-même appartenait à la famille. Le concours de celle-ci était nécessaire pour la transmission du foyer. S'agissait-il même d'aliénation au profit d'un étranger à la marche que les voisins étaient en droit d'intervenir (3). Point de droit de succession à proprement parler. Le droit de succession suppose l'individualité libre et la propriété individuelle (4). Or l'une et l'autre faisaient défaut. A la mort de l'un des membres de la famille, sa part revenait aux autres ; il y avait droit d'accroissement entre copropriétaires ; il n'y avait pas droit de succession.

Les invasions survinrent ; le contact des Germains avec des populations plus civilisées, de sérieux progrès agricoles (5), tout contribua à donner aux Germains le respect de la terre arable fécondée par le travail de l'homme. On renonça aux partages périodiques, mais sans que tous les éléments de l'état de choses antérieur aient disparu. On peut appliquer à tous les Germains ce que l'on a dit de la

(1) Cf. Schröder, pp. 26, 29, 55.

(2) Cf. évolution analogue pour l'Irlande dans Brentano, *Anerbenrecht und Grundeigentum*. Berlin, 1895, p. 16, 2^e article « Die Entwicklung des Erbrechtes ».

(3) Schröder, pp. 61 et 62.

(4) Brentano, *loc. cit.*, p. 13.

(5) Schröder, *Die Ausbreitung des Weinbaues in Gallien; Monatschrift für Geschichte Westdeutschlands*, 6, 502.

naissance de la propriété privée chez les Francs Saliens.

« Parmi les Francs Saliens, au moment des invasions, la propriété immobilière privée existait assurément ; mais elle était encore sur beaucoup de points, comme la chrysalide à demi sortie du cocon qu'elle déchire (1). » Une grande partie de la terre du village était propriété commune. C'était la Mark ; quant à la propriété privée, elle avait conservé une certaine saveur collective ; elle était à divers points de vue en état de dépendance, dépendance technique (Flurzwang), dépendance juridique (parents et vicini).

Nous n'avons pas à parler du Flurzwang qui, commandé par le mode primitif de répartition de la terre appropriée, s'est maintenu jusqu'à nos jours, non sans opposer aux progrès de l'agronomie moderne le plus fâcheux et le plus tenace des obstacles. Ce qui nous intéresse, ce sont les limitations que cette propriété subissait au profit de groupes sociaux plus ou moins étendus.

La propriété immobilière privée n'est tout d'abord que rarement individuelle. Le fait se vérifie chez les Germains comme chez d'autres peuples. Chaque Markgenosse pouvait s'opposer à l'établissement d'un étranger sur la marche, ce droit au cours du temps se maintint sous la forme affaiblie d'un *retractus ex jure incolatus* (Nachbarlosung, Næherrecht), qui, au moyen âge, donna naissance à de nombreuses sous-variétés dont certains restes ne disparaîtront qu'avec le nouveau Code civil.

(1) Viollet, *loc. cit.*, p. 558.

CHAPITRE II

DU « BEISPRUCHSRECHT ».

Beaucoup plus important au point de vue qui nous occupe était le « Beispruchsrecht », c'est-à-dire le droit pour les parents de concourir aux aliénations immobilières (1). Il ne revêtait pas le même aspect au nord et au sud de l'Allemagne actuelle mais sous des formes diverses, il constituait l'expression d'une même pensée, à savoir que le bien formait un bien de famille (2). C'est de ces deux

(1) Schröder, *op. cit.*, p. 272 ; Stobbes *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3^e édition, II, § 117 ; Rosin ; *Beiträge zum Rechte der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen und hochadeligen Hausgütern* (Iherings, *Jahrbücher*, t. XXXII, 1893, p. 327-329. On trouve aussi l'expression « Einspruchsrecht ». Elle est employée de préférence par Zimmerle.

(2) Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885, p. 228. « Dennoch dürfte kaum zu bestreiten sein dass beide Rechte auf dem gleichem Rechtsgedanken beruhen, auf dem Princip der Angehörigkeit des Guts an die Familie, der Idee dass das Gut eigentlich Familiengut ist ; aber die Ausbildung dieser Idee hat schon früh in den zwei Rechtsgebieten einen divergierenden Gang genommen. » Cf. Gerber-Cosack, *Deutsches Privatrecht*, p. 133 ; Rosin, *op. cit.*, p. 329. Pour Gerber dans sa dissertation intitulée : *Meditationes ad locum speculi juris Saxonici*, lib. I, art. LII, Erlange, 1847, le Beispruchsrecht était une nécessité de l'organisation publique des Germains. Il s'agissait de conserver à la famille la terre qui constituait la base de son rôle dans l'État, p. 11 : « Exeundum mihi videtur a ratione quæ intercedeba inter res immobiles et rempublicam Germanorum... Dubitari non potest quin immobilium (hoc est fundi, mansi agrorum) dominium necessarium fuerit ad auctoritatem in republica tenendam, ne dicam libertatem conservandam, ad adparendi in publicis concionibus populi facultatem, ideoque ad se ipsum et familiam tuendum ac defendendum. » Cf. l'article du même auteur dans les *Jahrbücher für die Dogmatik des heuti-*

formes du Beispruchsrecht qu'il nous faut maintenant parler, en faisant remarquer qu'ils usurpèrent l'un l'autre sur leurs limites respectives.

Au Sud, le Beispruchsrecht reposait sur la communauté de famille (1). Il naissait et disparaissait avec elle. Cette communauté n'était qu'un cas d'application, le plus fréquent, il est vrai, d'une idée juridique allemande, dont il importe de présenter la construction. Ce serait, en effet, se faire une idée inexacte du droit de chaque membre de la famille sur le bien que d'y voir un droit de copropriété, c'était plus et mieux.

En matière de copropriété, telle que nous l'a livrée le droit romain, le droit de chacun se résout en une part

gen römischen und deutschen Privatrechts, I, 1856, p. 62 ; Adde Zimmerle (*op. cit.*, pp. 129 et 121). « Den Grund des Rechtsatzes bildet das Bestreben, schon bestehende aus dem Besitze des Grundeigentums entspringende öffentliche Rechte der Familienglieder zu wahren. » Le Beispruchsrecht est un moyen de conserver l'élément de l'organisation politique, la famille, ce n'est pas l'expression du droit privatif des parents sur le bien. Il y a là-dedans sans doute une part de vérité mais une part seulement. C'est ce qu'a bien vu Fipper qui entre toutes les explications données du Beispruchsrecht trouve celle de Gerber et de Zimmerle la plus exacte (*Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht*, p. 99). Il est incontestable en effet que la propriété foncière jouait un rôle considérable dans l'organisation politique germanique. Mais cette considération ne doit pas faire perdre de vue l'autre autrement importante de l'organisation communiste de la famille germane, Cpr Fipper, p. 101. C'était une association ignorant le pouvoir autoritaire du *paterfamilias* romain. Gerber et Zimmerle ne distinguent pas les structures différentes du Beispruchsrecht ; ils n'admettent notamment pas ni l'un ni l'autre la théorie de la « *Gesamnteigenthum* » sur laquelle me paraît reposer le Beispruchsrecht au Sud de l'Allemagne (Gerber, *Meditationes*, p. 3 ; Zimmerle, *op. cit.*, pp. 91 et seq.). Le même auteur insiste au début de son ouvrage sur l'existence de la propriété individuelle chez les premiers Germains en dépit des témoignages contraires de César et de Tacite (Cf. *suprà*, p. 12). Il parle notamment à la page 16 à l'appui de sa théorie « de la tendance à s'isoler qui est dans le caractère germanique ». (1)

(1) C'était sans doute la forme la plus ancienne, Rosin, *op. cit.*, p. 329.

idéale sur le bien. De cette part chacun a la libre disposition, il la peut vendre, donner, hypothéquer ou léguer ; par contre il ne peut accomplir seul sur l'objet indivis lui-même aucun acte de disposition, ni d'administration, son droit d'action se trouve limité par ceux de ses copropriétaires comme de son côté il limite le leur. Pour agir il faut un consentement unanime et comme il peut être difficile à obtenir la loi romaine prévoyante avait créé une action qui permet de sortir d'une situation embarrassante, dangereuse pour le bien ; elle accordait l'*actio communi dividundo*.

Cette copropriété à la romaine n'est pas inconnue du droit germanique (1), mais il ne la connaît pas seule. A côté d'elle apparaît en effet une autre forme de copropriété qui, dans le passé, a joué un grand rôle, tant en droit public qu'en droit privé sans avoir de nos jours dit son dernier mot. C'est la « *Gesammteigentum* » ou la *Miteigentum zu gesamnter Hand* (copropriété à mains réunies).

Le symbole contenu dans la dénomination définit l'institution elle-même (2). Elle peut se résumer dans la formule suivante. La naissance de droits et d'obligations relatifs au bien est subordonnée au concours de tous et, c'est là le point capital, l'acte d'un seul est inopérant même pour sa part (3). Il ne peut pas agir en maître sur l'élément qui lui revient dans le tout. Il ne peut ni le vendre, ni le donner, ni l'hypothéquer ; cette quote-part

(1) Cf. Gerber, p. 129.

(2) Stobbe, 3^e édition de Lehmann, Berlin, 1896, II, 1, p. 300, note 7. Cf. Heusler, *op. cit.*, p. 225 (qui répond à la note 1 à une critique de Zimmerle).

(3) Heusler, *op. cit.*, p. 213 et seq. ; Gerber, *op. cit.*, p. 129 et seq. ; Stobbe, p. 298. Stobbe nie l'existence de parts avant le partage ; pour la discussion de cette opinion *vide infra*, p. 29, note 3.

ne figure même pas dans sa succession. Laisse-t-il des descendants que ceux-ci entrent dans la communauté, tantôt avec des droits égaux, tantôt par une sorte de représentation. N'en laisse-t-il pas que sa part accroît aux autres copropriétaires ; le droit de ceux-ci prend toute l'extension dont il était susceptible. Ils ont un droit au tout en vertu d'une sorte de non-décroissement (1).

Par là la *Gesamnteigenthum* se distingue de la copropriété romaine ; ce n'est pas comme celle-ci une copropriété à tendances égoïstes ne trouvant sa satisfaction que dans le morcellement du faisceau de droits revenant à tous. C'est une copropriété d'union et de concorde (2), chacun doit avoir égard aux autres ; les copropriétaires ne se considèrent pas dans leurs rapports réciproques comme des étrangers, ils ne sont pas comme de « passage » (3). On pourrait dire de chacun qu'il a une sorte de propriété solidaire, mais, c'est une solidarité timide (4) qui ne peut pas s'af-

(1) Stobbe, *op. cit.*, p. 303.

(2) « Wie ein Leib », Stobbe, *op. cit.*, p. 300.

(3) Les copropriétaires (*Gesamteigenthümer*), surtout à l'origine, n'étaient pas des gens entrant en relations à l'occasion de la chose indivise, il y avait bien plutôt, comme on l'a dit, des liens strictement personnels planant au-dessus des rapports produits par la chose. Cf. *infra*.

(4) Ce n'est qu'une comparaison, ce n'est pas une définition. La théorie du *condominium plurium in solidum* née à la fin du XVII^e siècle et dont Zacharie fut l'un des derniers représentants est une contradiction dans les termes. La propriété étant par définition la puissance juridique la plus complète que l'on puisse avoir sur une chose, ce droit ne peut appartenir qu'à une seule personne, il ne peut appartenir à plusieurs sur le tout. Cf. Zimmerle, p. 94. D'autres partisans de la théorie ont proposé d'autres explications. En matière de *Gesamteigenthum*, a-t-on dit, la propriété appartient à une personne juridique au-dessus des intéressés. Les faits ne répondent nullement à cette conception. Les époux communs en biens ne cèdent pas par le seul fait de leur mariage leur patrimoine à un être de raison qui les dépasse (Une théorie semblable a été soutenue en France par Troplong). D'autres encore ont cherché à la *Gesamteigenthum* une base qui n'est pas

firmer là que les actes juridiques à accomplir sur elle ne valent que s'ils ont été faits par tous les copropriétaires réunis. Toutefois cette communauté n'est pas obligatoire ; le « *Gesammthänder* » qui veut reprendre sa liberté peut demander le partage de la chose commune et ce partage ne peut lui être refusé à moins qu'il ne s'agisse d'un objet indivisible (1).

Telle fut la forme originaire de la *Gesammteigentum*. Au cours des temps un tempérament fut apporté au principe ; la *Gesammteigentum* s'organisa ; les copropriétaires purent avoir un représentant et se dispenser de prendre aux actes une part personnelle. Cette forme rajeunie de *Gesammteigentum* joue encore un rôle considérable en droit privé moderne allemand comme le vieux principe lui-même d'ailleurs (2).

Examinons-en rapidement les principaux cas d'application (3). Ce sont :

à l'abri de tous reproches. Cf. Stobbe, p. 312 et seq. ; Zimmerle, p. 91 et seq., sans parler de certaines exagérations de langage susceptibles de compromettre les meilleures causes. L'auteur d'une *Erbfolgegeschichte der Seitenverwandten* parle d'une *Gesammteigentum* de l'humanité entière portant sur la surface de la terre ! Ce qu'il y a de vrai c'est qu'il y a des cas où l'on ne saurait admettre de copropriété avec parts idéales, elles n'apparaissent que lors de la cessation de ce rapport de droit. Cf. Lehmann sur Stobbe, p. 314.

(1) Cf. Stobbe, *op. cit.*, p. 303, note 19.

(2) On a fait remarquer avec raison que la théorie ne reposait pas sur des principes absolument invariables. « So wie es im Mittelalter an einheitlichen Regeln gefehlt hatte so ist auch in modernem Recht das Miteigentum kein gleichmässiges, von unabänderlichen Grundsätzen beherrschtes Institut, sondern es kommt je nach dem Objekt und je nach dem Personenverhältniss in verschiedener Gestaltung zur Erscheinung ; bald stehen die Miteigenthümer lose neben einander, bald sind sie enger an einander gebunden und ist die Lösung des Verhältnisses erschwert oder ganz untersagt. »

(3) Gerber, *op. cit.*, pp. 130 et 131 ; Dernburg, *Preussisches Privatrecht*, III, § 238 ; Stobbe, *op. cit.*, p. 303, note 19, p. 305.

1° Les sociétés en nom collectif et en commandite (1).

2° La communauté de biens entre époux (2).

3° Certaines sortes de sociétés civiles.

4° Les associations sans personnalité juridique.

5° La communauté entre cohéritiers (2032 et seq.). Sur ce point le Code civil suit le Landrecht prussien et cela dans l'intérêt des créanciers. On veut une liquidation simple de la succession, que chaque cohéritier ne soit pas libre de troubler à sa guise par ses actes. Les cohéritiers administrent en commun la succession (2038).

a) Le cohéritier ne peut disposer de sa part d'un objet héréditaire (2033²). Les cohéritiers ne peuvent disposer qu'ensemble d'un objet de la succession (2040¹). Les débiteurs héréditaires ne peuvent compenser leurs dettes avec les créances qu'ils auraient contre les héritiers (2040²). La masse constitue un bien à part; nous nous trouvons en présence d'une solution inverse de celle du droit romain. L'héritier a deux qualités et en quelque sorte deux patrimoines, d'une part il a son patrimoine propre qu'il gère privativement, d'autre part une masse qu'il gère en concurrence avec d'autres.

b) La gesammte Hand seule peut disposer et, dans notre hypothèse, le BGB ne l'a pas organisée, elle est amorphe ;

(1) Stobbe, *op. cit.*, p. 305, note 4.

(2) Le régime légal des biens entre époux d'après le Code civil allemand n'est pas la communauté de biens, mais la simple communauté d'administration (Verwaltungsgemeinschaft), ce qui a soulevé bon nombre de protestations, surtout parmi les représentants des intérêts ruraux. Chez les paysans, les diverses formes de la communauté jouissent, dans certaines régions, d'une grande faveur (Bavière, Westphalie, etc.). Le Code présente divers systèmes de communauté au choix des parties, mais ils ne s'appliquent qu'en vertu de la volonté expresse des intéressés. On a reproché au régime de biens légal d'être fait pour les propriétaires de biens équestres (Rittesgutsbesitzer), les fonctionnaires et les millionnaires, non pour la masse du peuple (Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 222, p. 3, col. 1.

elle n'a pas de représentant légal. Ses décisions doivent être prises à l'unanimité. L'article 2038 corrige d'ailleurs les abus qui pourraient résulter de cette solution (1). L'un des cohéritiers n'a d'actions que celles appartenant à la masse et il ne peut les exercer que pour le compte de la Gesamte hand. Il ne saurait demander de prestation partielle. Spontanément le débiteur ne pourrait non plus diviser le paiement (art. 2039).

Quelque considérable que soit encore le rôle de la « gesamte Hand » et de la « Gesamteigentum » en droit allemand moderne, il ne saurait faire oublier celui plus considérable qu'elles ont joué, aux débuts du droit germanique et jusqu'à une époque avancée de son évolution, sous la forme de la communauté familiale effective ou fictive (2).

Nous avons dit (3) que c'étaient les droits de cette communauté qui vinculaient la propriété privée au sud de l'Allemagne.

Nous rencontrons ces communautés dans les monuments les plus anciens du droit des Germains.

A) L'Edit de Rotharis traite de frères « qui post mortem patris in casa commune remanserint » (4).

B) La loi Gombette nous montre le droit burgonde dans une phase curieuse de son évolution. On y voit l'individu tendant à se faire une place personnelle, à se dégager de la monade familiale. Le Beispruchsrecht des héritiers ne peut plus porter que sur la « terra sortis titulo acquisita », c'est-à-dire sur le lot attribué à chaque Burgonde lors de

(1) « Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber verpflichtet zu Massregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmässigen Verwaltung erforderlich sind, die zur Erhaltung nothendwigen Massregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen. »

(2) Heusler, I, p. 227; Schröder, p. 173; Gerber, p. 133.

(3) *Suprà*, p. 16.

(4) Heusler, p. 229.

l'établissement (1). Il n'en avait pas toujours été ainsi. Le titre LI-I de la même loi nous rappelle l'état de droit antérieur (2). Il était de droit coutumier qu'un père ne pût disposer de sa fortune qu'après avoir alloti ses fils de leur part.

Le roi Gondebaud avait par une constitution spéciale reconnu cette coutume et en avait fait une loi. Avant tout allotissement aucun des membres de la famille ne pouvait disposer du patrimoine commun. Nous retrouverons des

(1) Heusler, p. 229 ; Stobbe, p. 459. *Lex Burgundionum*, titre I. De libertate donandi patribus attributa et muneribus regiis CI. « Quia nihil de præstita patribus donandi licentia vel munificentia, dominantium legibus fuerat constitutum, præsentī constitutione omnium uno voto et voluntate decrevimus ut patri etiam antequam dividat, de *communi facultate et de labore suo* cuilibet donare liceat, ABSQUE TERRA SORTIS TITULO ADQUISITA, de quo prioris legis ordo servatur. Cf. Schrøder, p. 273 ; Zimmerle, p. 59 et seq. *Adde*, titre LI, qui représente l'état de droit antérieur : De hiis qui debitas filiis substantiæ suæ portiones non tradiderint CI. « Quamlibet hæc in populo nostro antiquitus fuerint observata, ut pater cum filiis propriam substantiam æquo jure divideret ; tamen emissa jampridem lege custodire hujusmodi ordinem jussimus, et patrum utilitatibus consulentes adjecimus, ut ex eo, quod in portione patris veniebat, faciendi quod voluisset, haberet liberam potestatem. Sed quia in nostra nuper disceptatione præclaruit Attilam quemdam et antiquæ constitutionis seriem præterisse, et saluberrimæ legis præceptionibus resultasse, nec debitam tradidisse filio portionem, et ita facultatem suam per inlicitos scripturarum titulos ad alias transtulisse personas, ut nihil exinde ad filiam voluerit pertinere », l'acte avait été annulé et les prescriptions légales maintenues en vigueur.

(2) Cf. également titre XXIV, c. 5. Nous aurons à revenir sur l'interprétation à donner à ces partages. Ils constituent une preuve indirecte de la *Gesammteigentum* chez les Burgondes. Ils suffiraient à nous permettre de reconstituer l'institution chez cette peuplade germanique si nous n'avions pas la preuve beaucoup plus directe résultant du titre I, c. I. Zimmerle, qui nie l'existence de la *Gesammteigentum*, et partant de la forme spéciale de *Beispruchsrecht* qui en résulte, qui ne connaît de *Beispruchsrecht* que celui décrit par la *Lex Saxonum*, en arrive à nier l'existence du *Beispruchsrecht* chez les Burgondes (p. 62). Il concède toutefois que le droit des Burgondes a conservé des traces d'un *Beispruchsrecht* antérieur, p. 64.

dispositions analogues dans les leges Baiuvariorum et Alamannorum. Toutefois celles-ci se montraient moins libérales que la loi des Burgondes (1) qui donnait alors pleine liberté de disposition au chef de famille.

Cette obligation de l'allotissement préalable fut sans doute considérée comme une gêne (2) ; on chercha à tourner les prohibitions légales. C'est l'histoire de l'une de ces tentatives que nous rapporte le titre LI, ch. I^{er}. Le législateur y prit garde et modifia la loi dans le sens réclamé par les mœurs (titre I, ch. I). Désormais l'on distinguait deux catégories d'immeubles, ceux qu'un Burgonde avait reçus du sors lors de l'établissement de la race, ceux qu'il avait acquis depuis. Les anciennes règles ne s'appliquaient qu'au sors (3) ; pour pouvoir en disposer librement le père devait tout d'abord allotir ses fils sur ce sors. A l'égard du surplus de sa fortune le père avait les coudées franches (4).

C) Nous trouvons également dans la loi des Bavares (5) une preuve de notre communauté et du Beispruchsrecht

(1) Titre XXIV, c. 5. Si quis Burgondia filios habet, tradita filiis portione, de eo quod sibi reservavit, donare aut vendere *cui voluerit*, habeat liberam potestatem.

(2) Surtout dans un pays profondément romanisé. Cf. Fipper, p. 47, note 14.

(3) Cf. Fipper, p. 46, note 46.

(4) Sur cette communauté chez les Burgondes et certains traits de mœurs actuelles, Cf. Viollet, p. 562, note 2.

(5) Titre I, cap. I. Ut si quis liber Bajuvarius, vel quicumque alodem suam ad Ecclesiam vel quamcumque rem donare voluerit, liberam habeat potestatem. Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad Ecclesiam pro redemptione animæ suæ, licentiam habeat, *de portione sua, postquam cum filiis suis partivit*... le texte parle ensuite de la rédaction d'une épistola confirmant ses volontés et ajoute : « Et tunc ipsam epistolam ponat super altare, et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote qui ibidem servit et posthæc nullam habeat potestatem exinde quicquam auferre, nec ipse nec posteri ejus. » Cf. également titre XIV, cap. IX.

qui en résulte (1). Elle suppose la communauté entre le père et les fils, lorsqu'elle fait dépendre la possibilité pour le père d'une libéralité en vue du salut de son âme d'un allotissement préalable.

D) Du capitulaire de 818 e. cap. 6 (2), nous pouvons tirer la même conclusion que de la loi des Bavares. Ce capitulaire a pour but de faciliter les donations pieuses. Après avoir prévu le cas ordinaire où celui qui veut faire la libéralité se trouve dans le comté, il ajoute une disposition spéciale pour faciliter les libéralités à celui qui se trouve en dehors « id est sive in exercitu, sive in palatio, sive in alio quolibet loco ».

Et en conséquence, il sanctionne la validité de semblables libéralités faites en dehors du comté où se trouve l'objet de la donation, alors même qu'il n'y aurait pas eu d'allotissement préalable (« Et si nondum res suas cum exheredibus suis divisas habuit, non ei hoc sit impedimento ») (3).

Ce que suppose le capitulaire, c'est que jusqu'ici, la disposition de l'un des « parsonniers » (4), sur sa part dans un bien encore indivis n'était pas permise. Pour atteindre complètement son but, faciliter les libéralités en dehors du comté, il devait aussi supprimer la nécessité d'un partage préalable, vu que le partage à l'étranger n'était pas possible dans son entier (5).

Ce capitulaire est très important ; il prouve la généralité de notre institution de la Gesamteigentum. Il montre

(1) Ut omnis homo liber potestatem habeat *ubicumque* voluerit res suas dare pro salute animæ suæ.

(2) Stobbe, p. 459.

(3) Cf. Zimmerle, pp. 77 et 78 ; Schræder, pp. 229, 278, 279, *ad notam* 81.

(4) Nous ne nous faisons aucun scrupule d'employer cette expression de pur droit français pour rendre une idée germanique analogue.

(5) Il fallait en effet la présence simultanée de tous les intéressés.

qu'elle était de droit commun franc (1), ce que nous n'eussions pas été en droit de conclure des seules leges franques. La loi salique est muette (2). C'est en vain que plusieurs germanistes, entre autres Karl Friedrich Eichhorn (3) ont cherché dans le titre 46 de la loi la preuve d'un droit des héritiers. Ce titre ne règle qu'une question de forme (4). Toutefois, il constitue une indication précieuse ; la multiplicité de formes prescrites prouve les difficultés d'une aliénation devant produire effet après la mort du gratifiant. C'est l'équivalent d'un testament, il se ressent du *nullum testamentum* (5) de Tacite qui constituait pour les héritiers la plus forte protection que l'on pût imaginer (6).

La loi des Ripuaires ne contient pas davantage de preuve directe du droit des héritiers (7). Toutefois les titres 48 et 49 dont le commentaire combiné s'impose (8) permettent certaines conclusions. D'après ces 2 titres, des époux sans enfants pouvaient faire une adfatomie sur leur avoir soit au profit l'un de l'autre, soit au profit d'étrangers, mais seulement à titre d'usufruit (9). A la mort du gratifié

(1) Stobbe, p. 467 ; Heusler, p. 237 : « Dieses als allgemeines Reichsrecht publicierte, somit wohl auf die Zustände im ganzen Frankenreiche passende Capitulare..... »

(2) Stobbe, p. 460.

(3) *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*, § 67.

(4) Zimmerle, p. 35.

(5) *Germania*, 20.

(6) « Ce que cette opération juridique a de compliqué et d'embarrassé nous fait bien sentir quelles difficultés quasi insurmontables présentait originairement à l'esprit le projet de disposer de ses biens pour le moment où on aurait cessé de vivre ». Viollet, *op. cit.*, p. 863.

(7) Stobbe, p. 460.

(8) Eichhorn, I, § 57, note o. « Beide Titel gehören offenbar zusammen, der letztere bestimmt die Wirkungen des adfatimus, dessen Bedingung, kinderlose Ehe, der vorhergehende angegeben hat. »

(9) C'était un usufruit très large ; l'équivalent de ce que le droit

les biens revenaient aux parents du donateur parfois diminués même dans leur substance, lorsque le gratifié était le conjoint (*nisi tantum qui parem suum supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit*). Sans pouvoir conclure de là à la *Gesammteigentum* et au droit d'intervention des parents (1) en matière d'aliénation, on ne saurait nier l'existence d'un droit très fort de la famille contre les libéralités.

C'est une sorte de réserve, mais de la réserve primitive à la copropriété familiale y a-t-il donc si loin ?

De toutes façons ces lois franques ne nous permettent pas de tirer des conclusions bien nettes. Elles n'ont pas la précision des autres lois. Est-ce à dire qu'elles n'aient pas connu l'institution ? D'autres considérations sur lesquelles nous reviendrons, la nature des partages du royaume des Francs (2) dont il sera question ultérieurement, la généralité du capitulaire de 819, ne nous permettent pas de considérer l'institution comme n'ayant pas existé chez le peuple germanique qui joue dans l'histoire des races germanes un rôle si prépondérant.

Les autres lois germaniques, sans nous offrir de règles précises montrent cependant la situation considérable qu'avait la famille dans ces questions d'aliénation. Chez les Lombards l'influence de la famille est toute morale. Étaient exclus du cercle où l'on pouvait choisir les cojureurs les parents qui avaient attribué par disposition *mortis causa* leurs biens à un étranger (3).

germanique qualifiera plus tard de *Leibzucht*. Cf. Disposition de la *lex Baju.*, titre XIV, cap. 9, § 3.

(1) Zimmerle me semble aller trop loin, p. 49.

(2) Pages 41 et seq.

(3) L. Roth, 360 « *excepto illo, qui gravem inimicitiam cum ipso, qui pulsatur, commissam habet, id est si ei plagam fecerit, aut in morte ejus consenserit, aut res suas alii thingaverit, ipse non potest esse*

La seule loi barbare que l'on puisse invoquer contre le droit de la famille, la loi des Angles n'a pas un sens réel conforme à son sens apparent (1). Quant à la loi des Wisigoths, les influences romaines exercées sur elle sont trop fortes pour qu'elle ait pu garder trace de la vieille institution germanique.

L'argument fourni par l'édit de Rotharis, la loi des Burgondes, celle des Bavarois, le capitulaire de 819 se trouve confirmé par les sources de l'époque. « Sieht man sich erst, dit Heusler (*op. cit.*, p. 229), inden Urkundensammlungen der fränkischer Zeit um, so wird man überrascht von der Häufigkeit solcher Gemeinderschaften. Es bedarf keiner speciellen Citate jener massenhaften Urkunden von Fulda, St-Gallen. Freising u. s. w. in denen Vater und Söhne, Geschwister, Vetter gemeinsam Liegenschaften vergaben (2). » Ces parents vivant en communauté ont presque régulièrement la qualification de *coheredes* (3). *Coheredes* ne veut pas dire cohéritiers ; les fils vivant avec le père sont appelés « *coheredes* ». L'expression désigne des gens

consecramentalis, quamvis protinus sit, eo quod inimicus et extraneus esse invenitur ». Zimmerle, p. 48, 66 ; Stobbes, p. 461.

(1) Zimmerle, p. 37 ; Stobbe, p. 461 ; Schröder, p. 272, *ad notam* 51. Le chapitre 54 de cette loi dit d'une façon générale : « Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere. » Il ne fait que mettre en relief le droit des hommes, le lien d'aliéner à qui bon leur semble, à la différence des personnes de condition servile qui ne pouvaient qu'aliéner à leurs semblables. Cf. Gerber, *Meditationes*, p. 8 ; Ficker, l'un des rares auteurs (avec Beseler, *Erbverträge*, I, p. 48 et Lewis, *Succession der Erben in die Obligationen des Erblassers*) qui ne fait pas remonter le Beispruchsrecht légal aux *leges Barbarorum*, s'appuie sur ce passage, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ortsgermanischen Rechte*, p. 229.

(2) *Urkundenbuch der Abtei St-Gallen* herausgegeben von Wartmann Zurich, 1863, n° 199 ; *Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins* herausgegeben von Lacomblet, 4 Bde, Düsseldorf, 1840, n. 21, 17, 269, 432, Monumenta Boica Monach, 1763, IX, 389.

(3) Schröder, p. 273 ; Rosin, p. 330.

vivant en communauté (1), on la pourrait rendre par le mot « compagnons ». On peut conserver ce mot *coheredes*, mais en ne le limitant pas à la désignation exclusive de bénéficiaires d'une dévolution héréditaire passée et en l'appliquant aux bénéficiaires éventuels de transmissions futures (2). Le mot allemand est « Ganerbe » et l'expression « Ganerbschaft » sert à désigner le rapport de droit unissant les Ganerben (3).

Étudions cette communauté dans ses détails. Il serait inexact de la représenter comme quelque chose d'inorganique ; ce n'était pas un simple conglomerat de droits égaux ; il y avait une autorité (4). Exiger une action commune pour les moindres actes juridiques de la vie quotidienne eut été aboutir à une impossibilité (5). En vertu de son *mundium*, le chef de famille avait voix prépondérante dans l'administration du bien ainsi que dans son mode d'exploitation ; il pouvait l'endetter, il pouvait ester en justice à l'occasion de cet immeuble familial. Mais dès qu'il voulait prendre une disposition mettant en jeu l'existence de la propriété du groupe (6) dont il n'était que le représentant, ses droits s'arrêtaient et il se trouvait lié au consentement de tous les membres de la communauté (7).

(1) Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen, 1835, 1^{re} partie, introduction, p. 16.

(2) Heusler, p. 230. « Coheredes bezeichnet die am Gute berechtigten Familien angehörigen mag diese Erbberechtigung schon in förmlichen Erbgang realisiert sein oder erst in Aussicht stehen. » Cf. Schröder, p. 273, note 53.

(3) Ganerbschaft = Hausgenossenschaft.

(4) Heusler, p. 228 ; Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 18.

(5) Heusler, p. 245 ; Rosin, p. 329.

(6) Heusler, I, 228-245.

(7) M. Gierke dans son très fameux article de la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (tome XII, 1876) sur l'*Erbrecht* et le *Vicinenrecht in Edikt Chilperichs* (p. 430) quoique ne pouvant se résoudre à voir dans

Le chef de famille n'est pas le seul propriétaire de la fortune familiale, cette fortune appartient à la femme et aux enfants (1). Le père de famille est l'organe de la gesammte Hand et comme tel n'a de liberté de disposition que sur les meubles (2), sur les immeubles, il ne peut disposer que *conducta manu* (3).

le *Hausherr* un simple *primus inter pares* est forcé de dire : « Sein Eigentum war daher, durch diese seine hausväterliche Stellung beschränkt und gebunden. »

(1) Cf. le célèbre passage de Gaius où celui-ci explique l'expression *sui heredes* (*Institutes*, II, 157). Cf. également L. 11, D. *De liberis et posthumis*. *Institutes* de Justinien, *De heredum qualitate et differentia*, II, titre 19.

(2) Heusler, p. 245.

(3) Est-ce là la caractéristique de l'institution ; ne faut-il pas aller plus avant et la trouver dans l'absence de part idéale durant la communauté ? A ce point de vue il y a une certaine divergence d'idées entre les partisans de la *Gesammteigentum*. Les uns disent (Heusler, p. 238) : la caractéristique de l'institution est dans l'impossibilité de disposition de la part du chef de la communauté, mais ils ne nient pas la possibilité d'existence de quotes avant le partage. Un partage qui doit être la réalisation d'un droit, n'est rien d'autre que la transformation d'un droit à une quote-part en un droit indépendant. Il peut très bien y avoir des parts idéales au profit des intéressés déjà pendant la durée du rapport, quoique leur effet juridique et la possibilité de les faire valoir « reposent » tant que la communauté persiste. « Die Quoten nach denen schliesslich geteilt wird, dit Heusler, p. 239, müssen schon irgendwie vorhanden gewesen sein, woher sollten sie sonst entstehen ? »

Pour Stobbe, au contraire, la caractéristique de l'institution c'est l'absence de quotes avant le partage. Opposant à la structure de l'institution par rapport aux tiers celle qu'elle a par rapport aux membres de la communauté, il dit p. 299 : « Während nach innen hin es an Veranlassung und dem Bedürfniss fehlt, die Vermögenssphäre der Einzelnen gegen einander genau zu scheiden », et plus loin, p. 399 : « Une séparation de droits d'après des quotes déterminées ne devient nécessaire qu'avec la dissolution de la communauté. »

Les vues des deux auteurs sont exactes, si on a soin de les rapporter chacune à des périodes historiques différentes, celles de Stobbe répondent beaucoup plus au droit originaire que celles de Heusler. Nous en avons un critérium certain. Si l'attribution de quote existe durant la communauté, il s'ensuivra qu'au décès de l'un des communistes ses héritiers

A la mort du père il n'y avait pas de cessation de la communauté, les fils poursuivaient généralement leur vie en commun et rien n'empêchait qu'avec le temps le cercle des « communiers » se fit plus large et plus compréhensif par l'apparition de nouvelles générations. Il ne semble pas cependant que le maintien de la communauté ait dépassé la sphère des collatéraux du premier degré. On cessait alors de vivre à « pain et à pot » (1), à la suite d'un

auront droit à sa quote-part mais à rien de plus. Soit l'exemple suivant : 3 frères vivent « à pain et à pot » ; l'un d'eux meurt en laissant 3 enfants. Si du vivant des 3 frères chacun avait droit à une quote, les 3 enfants du prédécédé auraient droit ensemble à ce tiers, individuellement au $\frac{1}{9}$ de la masse. Si, au contraire, la notion de la quote n'existe pas, les enfants auront sur la masse les mêmes droits que leurs oncles, chaque communiste pourra prétendre à $\frac{1}{5}$. Or les textes primitifs sont favorables à cette dernière conception. Stobbe, p. 303, note 2 : « Für die erste Auffassung lässt sich auch der Herold'sche Text der lex Salica, 59, 5 (Merkel, nov. 168 geltendmachen « sed ubi inter nepotes aut pronepotes post longum tempus de alode terræ contentio suscitatur, non per stirpes, sed per capita dividantur »). Cf. aussi Amira, *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung*, 1874, p. 18, 58). La première conception n'a, semble-t-il, fait son apparition que postérieurement. Heusler s'appuie surtout sur l'article 32 § 2 du *Sächsisches Lehnrecht*. Mais logiquement Heusler a raison pour tous les temps. Il y a des parts idéales, l'on renonce toutefois à tirer toutes les conséquences que le droit romain avait tirées de cette constatation. Lehmann sur Stobbe, p. 314, note 40.

(1) J'emprunte cette expression au régime de nos communautés taissables pour rendre un régime sensiblement analogue. On disait d'ailleurs aussi des « Gesamteigenthümer » qu'ils avaient un « gemeinschaftlichen Haushalt, ein Brod, einen Rauchfang ». Wippermann (*Kleine Schriften juristischen, und rechtshistorischen Inhalts*, Wiesbaden, 1873, I, Heft, Ueber Ganerbschaften) fait remarquer (p. 14) qu'à l'origine la Ganerbschaft n'était pas seulement une « Hausgemeinschaft » mais encore une « Lebensgemeinschaft ». C'était un consortium vitæ pour parler à la romaine. Cf. dans Stobbe, *loc. cit.*, p. 300, note 5, le renvoi aux sources suédoises citées par V. Amira (*Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, 1882, p. 186). Stobbe fait remarquer que la forme primitive de la société de commerce en nom collectif, la « compagnie » (cum panis, Brotgemeinschaft), était originairement liée à la communauté de vie. Cf. Heusler, I, pp. 231, 247.

partage en nature ou de l'attribution de soultes. Entre frères l'âge ne conférait pas juridiquement d'avantage, même celui de l'administration (1). Cependant il y a lieu de présumer que les droits d'administration de l'aîné devaient être étendus (2).

Cette vie en commun n'était pas obligatoire. On en pouvait demander la cessation. Non pas que ce droit pût être revendiqué également par tous les membres de la famille. Il n'appartenait qu'aux mâles adultes, la femme ne l'avait pas, pas plus que les filles (3). Ce droit ne se déduit pas à la vérité de toutes nos sources ; il se déduit surtout difficilement des plus anciennes. Tandis que M. Viollet (4) croit devoir parler « du droit permanent de liquidation qui appartenait à un Burgonde... sur les biens communs régis par son père », Heusler se montre beaucoup plus réservé et si de la loi des Bavares I, 1, il tire une conclusion analogue à celle déduite par M. Viollet de la loi des Burgondes, c'est en s'appuyant sur le Schwabenspiegel qui permet aux fils d'exiger le partage. Il est peu probable qu'il y ait eu là une innovation. Et il ne manque pas de contes populaires de ces lointaines époques relatant les exigences des fils (5).

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 19 ; Heusler, p. 245.

(2) Heusler, p. 246.

(3) Nous verrons d'autres exceptions *infra* dans les Ganerbschaften nobles.

(4) P. 561, 818. Il m'est impossible de voir une pareille faculté dans les dispositions de la loi des Burgondes citées I, 1 et 2, XXIV, 5, LI.I. Tous ces passages parlent de la nécessité où se trouve le père de faire un partage préalable des biens qu'il administre lorsqu'il *veut* disposer de sa part, mais ils ne parlent nullement de la nécessité d'un partage dont le père n'aurait pas pris l'initiative. Cf. Schröder, p. 320 *ad notam* 282. Sur la disposition du Schwabenspiegel, cf. Heusler, t. I, p. 240, t. II, p. 439. Schröder (p. 732, *ad notam* 190) voit dans l'âge de 25 ans fixé par le Schwabenspiegel pour le droit à l'allotissement une influence romaine.

(5) Contes de Grimm.

L'allotissement de l'un des communistes produit deux effets importants :

A) L'alloti peut disposer librement (1) de la part à lui attribuée. La communauté est morte désormais, elle a été, selon l'expression de nos sources, partagée à mort « todgeteilt ». Le partage s'appelle « Todteilung ». La part ainsi obtenue porte dans les sources le nom de « swascara (2) », plus tard « watschar ». L'alloti n'a plus de Beispruchsrecht à obtenir pour pouvoir aliéner (3).

B) L'alloti (abgeschichtete) ayant reçu sa part n'a plus rien à prétendre dans la communauté. La « gesammte Hand » quant à lui est supprimée. Aussi tant que la communauté subsistera entre quelques membres de la famille n'aura-t-il aucun droit à l'hérédité des communistes décédés. Cette hérédité accroit la part des membres restés

(1) Schröder, p. 333, *ad notam* 350.

(2) Urkundenbuch der Abtei St-Gallen, herausgegeben von Wartmann, Zürich, 1863, n. 360, cité par Heusler, I, p. 241 (Swàs-scara = propria portio). Cf. Schröder, p. 273, note 54. Cf. Stobbe-Lehmann, § 117, *ad notam* 21, note d'autant plus importante de la part de ces auteurs qu'ils ne font pas d'une façon très nette la distinction des 2 formes du Beispruchsrecht. « Quedlinburger Stadtrecht, § 5 (Homeyer Stadtbücher, p. 51), Augsburger Stadtrecht, ch. 73, § 3 (Meyer, p. 142), Söster und Bremer Recht bei Lewis, p. 57; Hammerbröcker Recht (Hübbe, p. 108, ch. 89). Cpr. aussi Engelberger Hufrosdel bei Grimm Weistümer, I, p. 3; Auch fällt nach einigen Rechten das Widerspruchsrecht der Geschwister fort, wenn sie das gemeinsame Gut, mit Verzicht geteilt haben; Hasmöhr, p. 142; Wiener Stadtrecht (Schuster, art. 83, 87, Steierr Landr., art. 165; Baier, Urk de l'an 1146 (Mon. Boica, XXIX a. p. 293), Zwei Geschwister veräussern ein Gut an ein Kloster; sie haben das Gut von ihrer Mutter in der Weise geerbt, ut quolibet inde faciendi liberrimam habuerint potestatem... Diviserat enim præfata mulier (ihre Mutter) cum fratre suo... hereditatem. » C'est une preuve que le système du Sud se répand en dehors de son domaine primitif. Sur la note de Stobbe : cf. Heusler, p. 241, *ad notam* 8.

(3) Cf. les lois des Bavaois, des Burgondes, le capitulaire de 819 déjà cités.

en communauté « Was in der Wehre stirbt erbt an die Wehre. L' « Abschichtung » (allotissement) avait donc un effet analogue à celui de l'émancipation romaine (1) primitive; l'émancipatus germanique comme l'émancipatus romain perdait son droit successoral, ou plutôt le droit de concourir aux accroissements résultant du décès de ses Ganerben. Ceux restés en communauté sont les « sui » du droit germanique.

Nous nous trouvons ici en présence d'une des origines probables du droit de succession et de la réserve; la communauté familiale (2).

La part du communiste décédé revient à ceux qui se trouvent encore dans la communauté et à ceux-là seulement.

Ses enfants prennent sa place et elle seule, du moins dans le dernier état du droit (3). Ici le droit d'accroissement résultant de la communauté n'apparaît pas dans toute sa vigueur, masqué qu'il est par le droit successoral

(1) Cf. Viollet, pp. 521, 819. Schröder, p. 318.

(2) Cf. De la Grasserie, *De la liberté testamentaire chez les peuples étrangers*, 1^{er} fascicule de la 3^e série de l'Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession faite sous les auspices de la Société d'économie sociale, p. 33; Adde, Viollet, p. 818; Heusler, II, 528; Schröder, p. 324. Ce n'est que peu à peu que le droit de succession se dégagait de l'idée de communauté familiale où il ne pouvait pas s'affirmer, — c'était en effet plutôt un droit d'accroissement — pour s'attacher à l'idée de simple parenté. « Innerhalb des Hauses, dit fort bien Heusler, handelt es sich im ersten Anfang um gar kein Erbrecht, sondern um gemeinschaftlichen Nachrücken im Gesamtgut, eventuell Accrescenz, und auf diesem Bode bleibt ursprünglich aller Anfall des Vermögens. Erst ausserhalb der Hausgemeinschaft beginnt das wirkliche Erbrecht der Sippe, und zwar nach einem festen erbrechtlichen Princip nach der Nähe der Verwandtschaft. » Cf. Von Amira, *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den alt-niederdeutschen Rechten*, 1874, pp. 186-201. Toutefois l'idée de la communauté joua encore un rôle très important ainsi qu'il résultera de la suite de nos explications.

(3) Cf. *suprà*, p. 29, *ad notam* 3. Il n'en avait pas toujours été ainsi.

des enfants. Il apparaît mieux entre collatéraux et mieux encore entre personnes non parentes unies par un rapport de *Gesammthand* (1). Finalement la propriété individuelle se montre dans tout son éclat dans la personne du dernier survivant. Décède-t-il lui-même sans descendance qu'alors mais seulement alors le bien se trouve dévolu par voie successorale aux « *abgeschiteten* » ou à leurs hoirs (2).

Ces « *Ganerbschaften* » ont joui d'une grande prospérité au moyen âge dans la classe paysanne et ont su se maintenir jusqu'à notre époque (3). Les coutumes des régions alamaniques et bavaroises les connaissent sous le nom de « *Gemeinderschaften* » et de « *Zusammentheilungen* » (4). Toutefois, elles se sont plutôt maintenues à l'état d'exception. Elles n'ont plus de nos jours l'importance qu'elles avaient il y a 6 ou 7 siècles. Sur beaucoup de points, la *Gesamnteigentum* s'est transformée en propriété

(1) Par exemple entre époux. Cf. *infra*, à propos des *Ganerbschaften* nobles et surtout dans *Erbverbrüderungen*.

(2) Il pouvait y avoir également *gesamnte Hand* sur un objet constitué en *Leibzucht* (usufruit germanique). L'un des *Leibzüchter* représentait le bien, les actes concernant la *Leibzucht* ne pouvaient être faits que d'un commun accord, sauf en cas d'« *echte Noth* » possibilité pour chacun d'aliéner sa part. A la mort de l'un, son droit de jouissance accroissait à la part des autres ; Heusler, II, p. 127, et citations du *Stadtbuch d'Augsburg* (*Das Stadtbuch von Augsburg insbesondere das Stadtbuch vom Jahre 1276*, publié par Meyer, Augsbourg, 1872).

(3) Surtout en Suisse et en Bavière. Cf. Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1899, n° 223, p. 2, colonne 2. Cf. les « biens de famille » de l'avant-projet du Code civil fédéral suisse, *Réforme sociale* de 1898, tome II, p. 231, 600. Cf. Fick, *Die bauerliche Erbfolge im rechtsrheinischen Bayern*, passim.

(4) Heusler, I, p. 231. Cf. pour d'autres régions Wippermann, p. 9. En 1746 on signale comme existant en vertu d'une très ancienne tradition les « *Ganerbschaften* » paysannes de l'Oberhessen (principalement à Breidenbach, Breidenstein et Roth). Sur les « *raffrarachements* » et les indivisions du droit burgonde, cf. Heusler, p. 231.

individuelle. Une évolution de notre première forme de Beispruchsrecht en la 2^e forme a rendu la transformation possible. La « Todteilung » avait perdu ses effets pernecieux ; elle séparait les biens sans dénouer les liens de parenté avec les conséquences patrimoniales qu'ils entraînent. Le partage en nature ne supprimait plus le droit aux biens du parent décédé, ni le droit de dire son mot à l'aliénation de la part obtenue par le parent coindivisaire lors de l'allotissement. A partir du XIII^e siècle, la « gesammte Hand » se modifia en simple consentement donné par les Hausgenossen lors de l'aliénation. Ils n'aliènent plus, ils concourent à aliéner. La propriété de chaque part s'est concentrée sur la tête d'un seul devenu pour son compte chef de famille ; le nouveau Beispruchsrecht rappelait le point d'où l'on était parti, de même que le droit successoral de la « Marche » en cas d'extinction d'une famille rappelait l'époque où la propriété familiale elle-même était inconnue. On en arrivait ainsi à la situation caractérisée par l'article 52, § 1 du Sachsenspiegel (livre 1^{er} du Landrecht). La propriété individuelle est née, mais elle n'est pas encore libre de tous les liens du fait de la famille.

Cette évolution explique un phénomène sur lequel Beseler (1) et d'autres après lui ont insisté pour prouver l'origine relativement moderne du Beispruchsrecht. Voyant le cercle des ayants droit au Beispruchsrecht s'élargir au XI^e siècle, ils en ont conclu que l'institution était née à une époque où elle atteignait son plus haut développement. Auparavant, les mœurs formaient la barrière que désormais on demandait aux lois. Si l'on tient compte de ce fait, que la communauté de famille n'était plus la condition *sine qua non* du Beispruchsrecht, que la considération de la parenté l'emportait sur celle de la communauté

(1) Beseler, I, 48.

d'intérêt, que les liens du sang jouaient leur rôle en matière de droit successoral, on comprendra que le parent éloigné successible éventuel, eût qualité pour intervenir à une aliénation qui le lésait dans ses droits d'autant que le bien dont l'aliénation était projetée avait dû autrefois faire partie d'un domaine plus étendu, propriété d'un ancêtre commun (1). Quelle était la nature de cet autre *Beispruchsrecht*? Quels étaient ses effets? Quel sort lui fut réservé au cours des temps? Autant de questions que nous étudierons ultérieurement à propos du *Beispruchsrecht* saxon. La communauté de vie était une des conditions de la « *Ge-meinderschaft* » paysanne. Il ne semble pas que les « *Ge-meinderschaften* » entre nobles aient tout d'abord fait exception à la règle (2). On vivait aussi à pain et à pot dans les plus nobles familles. Aucun partage (3) de propriété, mais un simple partage de revenus proportionnellement au droit de chacun, ces revenus étant perçus par des intendants communs. C'étaient les mêmes fonctionnaires qui exerçaient les droits publics et seigneuriaux de tous. Cette vie en commun était l'occasion de conflits que presque tous les « *Burgfrieden* » (conventions entre *Ganerben*) cherchent à prévenir.

On eut recours à un autre procédé; on demeura sur le même « *Burg* » avec habitation séparée, soit que la terre familiale comprît plusieurs châteaux, soit que n'en com-

(1) Cf. Heusler, II, p. 55.

(2) Wippermann, p. 14. D'après certaines sources on exige « *ein Haus und ein Gesinde* ». Schulze, *Das Recht der Erstgeburt*, Leipzig, 1851, p. 235.

(3) Cela suppose l'hérédité des bénéfices et la disparition du caractère de fonction. Il semble qu'elle ait été pour des raisons diverses plus rapide pour les petites familles de *Dynasten* que pour les grandes. Cf. Schulze, p. 150 et seq. Beaucoup de familles d'ailleurs ne s'en tinrent pas aux lois de la *Gemeinschaft* et partagèrent les biens de famille ce qui eut pour elles les plus fâcheuses conséquences.

prenant qu'un seul, celui-ci fut suffisamment vaste pour abriter dans des départements isolés les diverses branches d'une même famille (1). La vie commune ne se trouvait rompue que dans les rapports des membres de la famille entre eux au point de vue interne à l'égard des tiers, au point de vue externe, l'unité se trouvait maintenue et l'on prenait parfois un soin minutieux à respecter jusqu'aux moindres symboles qui pût la manifester (2).

On ne s'en tint pas là ; on en arriva à un véritable partage mais simplement de jouissance, appelé Mutschierung (3) ou Mutscharung ou Mutbescheit. Il y avait là partage du bien relativement aux fruits et non pas partage de fruits éventuels. C'était une distribution de l'exploitation et de ses résultats maintenant l'intégrité morale et juridique du bien. Puis on alla plus loin. Il fut d'usage dans quelques familles d'attribuer l'administration exclusive à un seul, le plus âgé des membres de la famille, à charge

(1) Wippermann, p. 15 : « So namentlich das Pfortenhaus und der Pfortner wurde nun *wochenweise* von jedem Ganerben unterhalten und musste demjenigen alle Abend, den Pfortenschlüssel bringen, der ihm in derselben Woche, zu essen gab. » D'après Fischer, *Geschlechts Register der Häuser Isenburg, Wied und Rankel*, Mannheim, 1775, § XVIII.

(2) Wippermann, p. 16 ; Schröder, p. 708 ; Heusler, pp. 231, 247 ; Rosin, *Beiträge*, etc., p. 335. Il y a entre « Mutschar » et « Watschar » une opposition, certaine, qu'il n'est pas toutefois aisé de démêler. Pour les uns Mutscharung signifie partage de fruits, pour d'autres partage conventionnel. Quelle que soit l'étymologie des deux parties formant le mot, le sens total et définitif est certain. Sur l'évolution de la Ganerbschaft, cf. un bon résumé de Rosin, *op. cit.*, p. 335 et 336. D'ailleurs le mot de Mutschierung n'a rien de sacramentel. Les sources employaient souvent le mot « Theilung » pour désigner une simple Mutschierung, aussi ne doit-on pas se laisser abuser par les mots Theil, Theilung, Theilen. Ce qui a pu augmenter la confusion c'est que les parties ainsi attribuées en jouissance se trouvaient délimitées à l'aide de bornes. Cf. Wippermann.

(3) P. 41.

par celui-ci d'attribuer aux autres le revenu net. Mais si la communauté ne se trouvait pas par là détruite, une *Gesammteigentum* fictive subsistait. Quoi qu'il en soit il y avait là une évolution dangereuse pour la *Ganerbschaft* elle-même, en tant qu'elle constituait un bien dont toute la famille tirât utilité. Comme l'a dit Wippermann « Es ist das ein Vorstadium der Individualsuccession mit Apanagirung ». Puis à partir de la fin du XIII^e siècle, on attribua aux fils puînés des soultes en argent, et on laissa à l'aîné la jouissance exclusive du bien mais même alors la *Gesammteigentum* subsistait.

Y avait-il plusieurs biens dans la même famille qu'on les attribuait à des lignes différentes sans toutefois pour cela supprimer la *gesammte Hand*.

Mais même alors il y avait un bien à l'égard duquel on observait des règles spéciales. C'était le *Handgemal*. Le *Handgemal* est le bien auquel on peut rapporter le nom et les armes d'une famille (1), c'est celui sur lequel repose la noblesse de la famille. Dans certaines régions on l'attribuait au Senior, pour les uns en propriété (2) pour d'autres à titre d'administration (3). A quelque titre qu'il lui fût attribué, il n'avait pas sur ce bien de droit exclusif. Il le détenait dans l'intérêt commun. C'était dans ce *Stammgut* que s'exprimait la communauté familiale ; c'était sur lui que se trouvait l'*Hausmarke* qui devait jusque dans les générations les plus éloignées constituer le signe de ralliement des divers agnats alors même qu'ils auraient renoncé à prendre le nom du *Stammburg*, pour

(1) Wippermann, p. 53. Cf. Sohm, « *Adelsrecht und Namensrecht* », *Deutsche Juristen-zeitung*, année 1899, n° 1, p. 8.

(2) Cf. Homeyer, *Ueber die Heimath nach altdutschen Rechte insbesondere über das Handgemal*. Abhandlungen der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1852, p. 58 et 68.

(3) Wippermann, p. 22, note 2. Cf. Heusler, p. 232, note 17 qui dit « *fideikommissarischer Verwalter* ».

porter le nom de terres nouvellement acquises (1). C'était comme un titre commun à tous, remis à l'un d'entre eux pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider ses agnats à toute réquisition (2).

La raison de l'opiniâtreté avec laquelle on maintenait cette notion de *Gesammteigentum* tenait à une particularité du droit féodal germanique à laquelle nous devons consacrer quelques mots (3). D'après les principes du droit féodal germanique (4), les collatéraux n'ont aucun droit à la succession féodale. En cas de mort du dernier vassal sans enfants le fief faisait retour au suzerain, les collatéraux du défunt fussent-ils des descendants du premier acquéreur. Aussi, depuis le XIII^e siècle, les vassaux s'efforcèrent-ils d'obtenir une investiture collective de leurs hoirs (5). Ceux-ci formaient alors une *Ganerbschaft*. L'évolution de ces *Ganerbschaften* féodales est analogue à celle décrite plus haut.

La communauté d'abord effective ne fut plus qu'une fiction. Le partage depuis le XIV^e siècle put avoir lieu sans porter atteinte au droit d'accroissement. Un seul eut la jouissance du fief ; l'investiture collective (*Gesamtbelehnung*) des collatéraux n'avait plus pour objet que de leur maintenir un droit de succession. A la sévère « *Gesamtbelehnung* » primitive avait succédé la forme plus adoucie de la « *Belehnung zur gesammten Hand* » (6). Ces com-

(1) Cf. Wippermann, p. 53.

(2) Cf. notre article 842 du Code civil. Nous reviendrons d'ailleurs sur le *Hantgemal* dans la partie spéciale consacrée aux *Stammgüter*.

(3) Heusler, p. 233, 238, 240, 243, 247 ; Stobbe, p. 299 : Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1885, t. V, p. 328 ; Gerber, § 116, 316 ; Schröder, p. 401-410.

(4) Par opposition au droit lombard.

(5) Pour les formalités, cf. Schröder, p. 401.

(6) Elle joue un rôle actuellement encore en Saxe ; c'est sur elle que repose dans ce pays le droit de succession des collatéraux en matière

- modités de la Gesamteigentum lui assurèrent un succès considérable (1). Schulze et Wippermann ont insisté sur leur fréquence dans la Wetterau, le Lahngau à partir du XIII^e siècle. Un autre auteur cité par Wippermann, Langsdorff (2), parle de « myriades » de Ganerbschaften (3).

Leur nombre diminuait à l'Ouest dans les régions avoisinant la France où l'on pratiquait la transmission intégrale. Cela tenait à l'influence de la primogéniture française déjà organisée pour la couronne (4), à une époque où la partie germanique de l'ancien Empire de Charlemagne en était encore au régime du partage (5) et appliquée depuis aux successions féodales (6).

Par contre l'institution gagna des régions où elle semblait ne pas y devoir être attirée par son origine. On la voit dans la région-saxonne (7).

de succession féodale. Cf. Otto, *Das Recht der Lehnsgüter in den Erblanden des Königreichs Sachsen*. Leipzig, 1888, surtout p. 24 et seq.

(1) Cf. Wippermann, p. 9 et p. 10, *ad notam* 2.

(2) Langsdorff, *Dissertatio juridica, qua primas lineas condominiumi pro indiviso sive Gauerbiatus*, 1736 præside Henrico Christiano Senckenberg ducere et defendere aggreditur. Adde, Schulze, pp. 155, 156, 160, 161. Mutscharung dans la famille Katzenelenbogen.

(3) Un des autres avantages du « Ganerbenrecht » (droit des Ganerbschaften) était d'assurer aux membres de la famille qui ne se trouvaient pas en possession de la jouissance du bien le maintien de leur rang social (noblesse). On comprend l'avantage du « Ganerbenrecht » à une époque, où pour être noble, il fallait posséder une terre noble. Cf. Wippermann, *loc. cit.*, et Sohm, « Adelsrecht und Namensrecht », *Deutsche Juristen-zeitung*, année 1899, p. 9.

(4) C'est la cause initiale de l'unité française.

(5) Schulze, p. 26.

(6) Schulze, pp. 26, 140, 174. Sur les causes et le développement de la primogéniture française, Schulze, p. 215. Cf. Planiol, *L'assise au Comte Geffroi. Etude sur les successions féodales en Bretagne* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XI, p. 117, 652); Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, tome I, *Erbrechtspolitik*, Stuttgart, 1899, pp. 4 et seq., 407 et seq. — Du même, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigentum*, p. 7 et seq.

(7) Art. 32, § 3 du Sächsisches Lehnrecht.

Ces *Ganerbschaften* nobles procédant de la même idée que les *Ganerbschaften* paysannes, ayant la même origine, n'étaient pas de tous points identiques à celles-ci. Elles en différaient à divers égards. L'un a déjà attiré notre attention dans l'exposé de l'évolution de la *Ganerbschaft* paysanne à la *Ganerbschaft* noble, celle-ci n'exigeait plus la communauté de vie exigée par celle-là. De plus la *Ganerbschaft* noble, et c'est là la deuxième différence, était fondée dans une pensée de perpétuité que n'avait pas la *Ganerbschaft* paysanne. Le sens du maintien de la famille à travers les âges s'affirmait dans l'une beaucoup plus que dans l'autre (1). Par le procédé de la *Mutschierung* tout d'abord, celui de la *Gesammteigentum* fictive ensuite, on avait évité le danger de la *Todteilung*.

Ces *Mutschierungen* somme toute n'étaient pas nouvelles ; elles nous apparaissent dans un phénomène bien connu, les partages du royaume sous les Mérovingiens et les Carlovingiens. Tant que les Germains en restèrent à la conception d'une royauté élective, dont le titulaire était, il est vrai, choisi dans un cercle restreint d'éligibles, l'intérêt de la conception patrimoniale de la souveraineté n'apparut pas. L'élection assurait la transmission intégrale de la couronne à un seul. Il en fut autrement chez les Francs avec l'avènement des Mérovingiens. Comme on l'a dit, le peuple n'avait pas fait Clovis, il s'était fait lui-même. La notion de l'appropriation de la souveraineté venait ainsi naturellement à l'esprit. La distinction à la mort du monarque d'une succession de droit public et d'une succession de droit privé ne pouvait alors se faire jour (2). La dévolution du royaume s'opérait comme celle

(1) Wippermann, p. 6 et 7.

(2) La science du droit public allemand fait actuellement la distinction. Cf. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4^e édition, Leipzig, 1895, § 85, note 4, mais il est à remarquer que la vieille con-

de tout autre bien (1). On partageait le royaume. Mais ce partage n'était pas un partage en propriété, c'était un partage d'administration (2) laissant au point de vue théorique intacte l'unité du royaume (3). Le titre de chacun des copartageants (4), la manière de compter les années de règne des rois à partir de leur premier avènement même pour les portions soumises ultérieurement à leurs autorités (5), leur façon de dater leurs « instrumenta » des simples mots *anno regni nostri*, sans désignation de la partie du royaume tombée en leur pouvoir, l'absence de cohésion des territoires soumis à la même autorité directe, autant d'éléments invoqués (6) en faveur de l'indivisi-

ception patrimoniale de la dévolution à la couronne exerce encore son influence par les « Hausgesetze » des familles régnantes émises à une époque où la vieille idée dominait.

(1) Les autres peuples germaniques (Vandales, Wisigoths) ayant conservé la règle de l'élection au trône, la conception patrimoniale y avait moins de puissance que chez les Francs. Schulze (p. 48) ne me paraît pas donner une explication satisfaisante.

(2) Brunner, *Rechtsgeschichte*, II, p. 26.

(3) M. Brunner voit formellement dans le royaume un *Familiengut*. « Begrifflich war und blieb das Königtum ein Recht des merovingischen Geschlechtes, gewissermassen ein Familiengut, insofern den Ganerbschaften der jüngeren deutschen Rechten vergleichbar, bei welchen zwar eine Theilung der Nützcungen eine sogenannte Mutschierung, nicht aber eine Theilung des Eigentums, eine sogenannte Todtheilung.. zulässig war. » Cf. Sickel (compte rendu de l'ouvrage de Dahn dans les *Göttingische gelehrte Anzeige* de 1896, p. 269) mais avec des distinctions et des tempéraments. *Adde* Schulze, p. 19.

(4) Chacun d'eux portait le titre de *rex Francorum*.

(5) Julien Havet, *Questions mérovingiennes*, p. 91 (La date d'un manuscrit de Luxeuil).

(6) M. Brunner invoque encore la désignation des parts à l'aide du mot *sors*, la communauté de certains territoires ou villes, la commune participation aux affaires extérieures, à la guerre, la possibilité de synodes d'évêques appartenant à diverses parties du royaume, le siège des résidences des frères toujours situé entre la Meuse et la Loire. M. d'Amira dans le compte rendu qu'il a donné de l'ouvrage de M. Brunner (*Göttingische gelehrte Anzeige*, année 1896, p. 199) n'admet pas la

lité juridique de la monarchie franque morcelée en fait.

Sous les maires du palais ce ne fut pas la royauté, devenue purement honorifique, que l'on partagea mais la charge de la mairie du palais elle-même. Sous les Carolingiens ces partages se maintinrent. Le partage de Pépin le Bref entre ses deux fils était un partage administratif (1). On connaît les tentatives de résistance de Charlemagne à cette règle du partage égal. La mort de ses fils Charles et Pépin rendit le partage spécial qu'il avait fait dans ce but sans application. Son successeur essaya en vain par le fameux partage d'Aix-la-Chapelle (817) à réagir contre ces tendances égalitaires qui, sous le couvert d'une communauté d'administration ne maintenaient somme toute qu'un lien assez lâche entre les diverses parties de l'Empire. Il échoua (2). Au début du X^e siècle, le patrimoine des Carolingiens se scinda en deux parties pour former la France et l'Allemagne (3).

Dans ces derniers pays, l'élection à l'Empire sans faire apparaître la notion de l'Etat moderne contribua cependant à dégager cette dignité de son caractère patrimonial. Par contre l'hérédité des charges et bénéfices reconnue, l'idée de patrimonialité leur fut appliquée. Les fonctionnaires devenus Landesherrn (souverains) traitèrent leur territoire comme un élément de leur patrimoine : « Der Staat erscheint als ein Aggregat von Einzelberechtigungen und Privilegien, die Staat gewalt als patrimoniales Eigentum. Der Begriff des Staates welcher die alte Welt

théorie de celui-ci. Mais les raisons qu'il invoque ne me semblent pas déterminantes.

(1) Schulze, p. 21.

(2) Schulze, p. 22 et seq. L'empire était en droit un royaume électif, mais en fait héréditaire. Cf. passage caractéristique des *Res gestæ saxoniciæ* de Widukind cité par Schulze, p. 30.

(3) En ce sens : Brunner, p. 29 et seq. ; *Contrà*, Schulze, p. 25, pour lequel le traité de Verdun est l'époque de la scission.

beherrschte scheint aus dem Bewusstsein des Mittelalters völlig verschwunden zu sein (1). »

Toutefois les comtés et duchés devenus héréditaires ne perdirent pas immédiatement le souvenir de leur ancienne qualité de biens attachés à une fonction. Héréditaires dès le début du XII^e siècle, leur indivisibilité se maintint jusqu'au milieu du XIII^e (2). Elle se maintenait plus par tradition que par conviction d'une inéluctable nécessité ; elle avait parfois contre elle l'antipathie des principaux intéressés. Ottokar von Steiermark a raconté les tentatives infructueuses de Rodolphe de Habsbourg pour imposer ses deux fils comme successeurs dans ses Etats héréditaires. Il se heurta à l'opposition des Stände. Son fils plus heureux que lui ne réussit à faire valoir ses vues que par un compromis ; une investiture zur gesamten Hand au profit de ses 2 fils, mais avec prééminence en faveur de l'aîné. Il semble qu'ailleurs on ait plus tenu compte de cette vérité de bon sens formulée par Frigedank :

(1) Schulze, *Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenthümem und seine Bedeutung für die deutsche Staatsentwicklung*, Leipzig, 1851. Cet auteur expose d'une façon très intéressante à propos de la succession du trône la lutte entre les principes du droit public et ceux du droit privé. Il y a un tableau curieux des conceptions patrimoniales de la haute noblesse allemande au moyen âge. Elles ne diffèrent pas de celles des autres classes de la population. Ce qu'il y a de particulièrement remarquable, c'est le souffle égalitaire qui anime toutes ces familles. Nous aurons d'ailleurs occasion de revenir sur ce point.

(2) Schulze, p. 96 ; Schröder, p. 582. Dans les comtés, on pratiqua le partage beaucoup plus tôt. Dans certaines régions, il est partagé dès le début du XI^e siècle (Schulze, p. 153). Toutefois, l'on accorde certains avantages à l'aîné ; il a le Stammburg, c'est-à-dire le château d'où la famille tire son origine (Schulze, p. 183), le Hantgemal de la famille. Cf. Homeyer, p. 58 ; Wippermann, pp. 22 et 23. Mais il n'en a pas l'avantage exclusif. Les princes ont droit au rang et au titre résultant de la possession du Stammburg et sur leur cachet figurent les armes auxquelles donne droit la possession de ce bien. Ce bénéfice existait d'ailleurs également dans le Fürstenstand. Cf. Schröder, p. 432, texte et note 5.

« Breiten eigen werdent smal so man si teilet mit der Zal. » Nous voyons la transmission intégrale de tous côtés même en Thuringe (1), qui devait être la terre classique du morcellement des États, pour donner naissance à cette mosaïque qu'offre encore la carte moderne de la région.

Cependant la conception patrimoniale devait finir par l'emporter pour quelques siècles tout au moins et la Ganerbschaft fournit le moyen en cette matière comme en beaucoup d'autres de concilier les contraires, l'intérêt de l'État et les sentiments d'affection du père de famille pour les siens. D'autre part en maintenant au pays une certaine unité on ménageait la transition ; on allait passer insensiblement de la transmission d'une charge à la transmission d'une terre et de ses habitants considérés comme éléments du patrimoine du Landesherrn (2). Le premier exemple de ces communautés de princes date de 1231 et nous est offert par la maison de Brandebourg (3). Une des difficultés de ces communautés résidait dans l'exercice de la voix électorale (Churstimme). En 1231 ce fut la branche aînée qui l'exerça. Sous Adolphe de Nassau des difficultés surgirent à cet égard et il semble que l'on en arriva à un exercice commun de la voix électorale.

Cette communauté était une source de dissensions, aussi les princes cherchèrent-ils un biais. C'était celui de la Mutschierung. Pour sa validité point n'était besoin de l'autorisation impériale requise pour le partage en propriété (4). On maintenait en commun les éléments importants du gouvernement, on ne se partageait que l'attribution de certains revenus, l'habitation de certains châteaux.

(1) Schulze, p. 135.

(2) Schröder, p. 582.

(3) Schulze, pp. 130-236.

(4) La nécessité de celle-ci elle-même dura peu. Avec les Habsbourg la situation de l'Empereur avait changé. Celui-ci était devenu une sorte

On devait aller plus loin encore et la *gesammte Hand* revêtit en notre matière aussi un caractère purement fictif. Cette communauté feinte (1), que certains symboles (2) exprimaient, ne fut elle-même qu'une étape. On passa bientôt à la *Gesammteigentum* « cum clausula privilegii ». C'était une clause en vertu de laquelle le partage ne devait porter aucune atteinte aux droits successoraux de la famille. On se contentait lors du renouvellement de l'investiture de simples formalités rappelant la cohésion existant entre les divers titulaires des portions d'un même fief. Cela même ne fut plus exigé (3). La succession collatérale étant fondée en quelque sorte sur le sang, la voie était ouverte au partage égal. Alors se développa une véritable « *Theilungswuth* » (4) (furie de partager) qui se répandit comme une « maladie contagieuse ». Le lien des différentes parties entre elles n'était plus que ténu. On en revint à ces morcellements créant des souverainetés sans cohésion où l'on se souciait plus d'assurer à chacun des copartageants les éléments que comportait la vie princière de l'époque. « *Da jeder Bruder in seinem Antheil* » (5) ein

de souverain limité d'une façon de système fédératif. L'empereur songe beaucoup moins à fortifier son autorité dans l'Empire qu'à développer la puissance de sa maison sur ses terres héréditaires. Il n'avait plus intérêt à maintenir l'indivisibilité ; pour assurer son autorité, il lui fallait favoriser le morcellement de celle d'autrui ; en outre, avec les principes du droit féodal allemand qui n'admettaient pas la succession des collatéraux, le partage rendait possible, à l'extinction d'une branche, le retour du fief à l'Empire. Toutes ces raisons expliquent que les Empereurs loin d'empêcher la division des grands fiefs ne firent qu'y pousser. Ce fut peut-être un motif pour les grands feudataires d'user du moyen de la *gesammte Hand* qui semblait propre à donner satisfaction à des besoins variés. Cf. Schröder, p. 582 ; Schulze, p. 233, 234, 237.

(1) Schröder, p. 410 ; Schulze, p. 247.

(2) Cf. *suprà*, p. 37, note 1.

(3) Cf. Schröder, p. 410 ; Schulze, p. 248 et seq.

(4) Schulze, p. 234 ; Prosius, p. 334.

(5) Schulze, p. 250.

gutes Revier für seine Jagdlust, reiche Fischteiche für seine Tafel, fruchtbare Weinberge für seine Keller zu haben wünschte, so liess man selbst der geographische Zusammenhang der einzelnen Aemter ausser Augen und zerstückelte das Territorium wie ein gemeines Privateigentum. »

Sous un pareil régime on vit la ville de Vienne partagée en trois souverainetés (1). La contagion ne produisit pas partout des effets égaux. La maison de Brandebourg fut une des premières à s'en guérir. C'est là une des causes de son étonnante prospérité. Quant aux Wettin ils se montrèrent moins clairvoyants. On a pu dire (2) : « Hätten die Wettiner nicht geteilt, oder die Hohenzollern geteilt so wäre die ganze deutsche Geschichte anders verlaufen. »

Le danger de ces partages ne tarda pas à se faire sentir ; en suscitant des controverses sur l'attribution de la voix de chaque électorat elle risquait de compromettre la paix de l'empire ; aussi dès le milieu du XIV^e siècle la Bulle d'or soumettait les électorats patrimoniaux au principe de l'indivisibilité qu'ils avaient revêtue lorsqu'ils avaient encore le caractère de fonction et en organisait la dévolution successorale d'après les principes de la primogéniture. Les principes posés par la Bulle répondaient à un intérêt qui dépassait les électorats ; ils firent tache d'huile. Mais ce ne fut que lentement et progressivement.

On revécut les étapes faites pour arriver au partage, on refit le chemin en sens inverse ; on ne pouvait rompre du jour au lendemain avec les habitudes prises. On ne pouvait arriver immédiatement à la primogéniture, il fallait

(1) « Die Burg allda wurde so abgetheilt dass alle drei zugleich darin residieren Konnten. » La maison d'Autriche renonça à ces partages dans les premières années de la guerre de 30 ans.

(2) Gierke, *loc. cit.* Cpr. Schulze, p. 312 et en général tout le chapitre III.

trouver des adoucissements qui la préparassent. On en revint à une communauté effective, mais cette communauté contenait en elle un germe de mort, elle pouvait devenir fictive et aboutir ainsi au partage. Un autre moyen fut la prééminence accordée à l'aîné ; c'était à lui à recevoir la *Gesamtbelehrung*, il se trouvait ainsi mis en vedette. Cette étape dont la branche Ernestine des Wettiner et la maison de Brünswick firent un grand usage, n'était elle-même qu'un palliatif ; il fallait en revenir à la solution primitive, l'indivisibilité telle qu'elle existait à l'époque où le souverain n'était qu'un fonctionnaire de l'Empire. Ce ne fut pas l'œuvre d'un jour, le nouveau principe ne triompha pleinement qu'au XVII^e siècle.

Toutefois les vestiges de la conception patrimoniale de la succession au trône et le souvenir de la *gesammte Hand* n'ont pas disparu de nos jours. Certaines institutions actuellement de droit public en procèdent directement.

Nous avons vu plus haut (1) ce qu'étaient les *Burgfriede*. C'était le renforcement contractuel d'une *Ganerbschaft* de fait. La *Ganerbschaft* noble gagnait alors un caractère de perpétuité (2) que la *Ganerbschaft* n'avait pas. Les faits n'ont pas démenti les intentions du droit, on rencontre actuellement encore des *Ganerbschaften* en Hesse. Une *Ganerbschaft* noble pouvait aussi être créée par contrat (3) par voie d'*Erbverbrüderung*. Une *Erbverbrüderung* est une disposition en vertu de laquelle deux familles princières s'instituent réciproquement héritières relativement à leurs territoires pour le cas de l'extinction de l'une d'elles (4). C'est une institution contractuelle ré-

(1) P. 36.

(2) Nous reviendrons sur les *Stammgüter* dans un chapitre spécial.

(3) Sur l'*Erbverbrüderung* cf. Gerber, § 310. — Stobbe, V, § 299, Schröder, p. 827. Heusler, I, 234.

(4) Ces *Erbverbrüderungen* doivent leur existence à la conception pa-

ciproque de deux familles la haute noblesse (hoher Adel). La famille est instituée collectivement, mais ce n'est pas à dire que, le cas échéant, elle doit succéder de cette manière. La dévolution s'opère individuellement parmi les membres de la famille survivante d'après l'ordre fixé dans l'Erbverbrüderung elle-même ou d'après les lois de la famille qui recueille l'héritage (Hausgesetz). Au XVII^e l'Erbverbrüderung avait une vie propre (1), elle était devenue une simple institution contractuelle, mais il n'en avait pas toujours été ainsi, le but qu'elle se proposait d'atteindre l'avait été indirectement autrefois par un recours à une Ganerbschaft figurée. On créait entre les 2 familles régnautes une Gesamteigentum fictive (2), les deux familles étaient comme en état de « Mutschierung ». A l'extinction de l'une d'elles, la part du patrimoine fictivement commun administrée par la dynastie éteinte accroissait à la dynastie survivante. Il n'y avait pas succession proprement dite. Naturellement ce n'étaient pas les seules conséquences de la Gemeinschaft constituée, c'était la seule que l'on voulait atteindre mais dans l'impossibilité de faire originairement un départ entre les conséquences cherchées et les conséquences inéluctables de la Gemeinschaft, il les fallait prendre toutes telles quelles (3).

Les formes variaient selon la qualité des biens. Pour les biens allodiaux, en employait la libéralité *mortis causa* (Vergabungen von Todeswegen) avec concession d'une Gewere immédiate (4). En matière de fiefs on usait de la

trimoniaie du droit de souveraineté telle qu'elle existait à l'époque de la naissance de l'institution au XIV^e siècle. Pour leur validité il fallait la confirmation impériale et l'acquiescement des successibles.

(1) Heusler, p. 234 et 235 ; Stobbe, § 299, *ad notam* 66.

(2) *Contrà* : Duncker, *Gesamteigentum*, p. 99 et seq., 138 et seq.

(3) Heusler, I, p. 234.

(4) Gerber, § 340 ; Heusler, § 299.

forme de la *Gesamtbelehnung* (1). L'existence des droits réciproques éventuels des deux familles se trouvait proclamée par des actes divers (serment des sujets, droit aux armes, cens réconitif).

Les modifications que la conception de la *Landeshoheit* (souveraineté locale) a subies dans les temps modernes n'ont pas fait disparaître ces *Erbverbrüderungen*. Elles ont conservé aujourd'hui encore toute leur valeur (2), dans la mesure où leur application ne serait pas contrariée par les principes du droit public moderne. Par exemple, d'après lui, l'État est indivisible ; une *Erbverbrüderung* qui dérogerait au principe ne pourrait plus sortir à effet (3).

De nouvelles *Erbverbrüderungen* pourraient être conclues mais elles requerraient en droit moderne l'observation des conditions requises pour les modifications à apporter aux lois constitutionnelles (4).

Nous avons ainsi étudié dans son évolution et dans ses grandes lignes une des formes du *Beispruchsrecht* allemand, celle qui, reposant sur l'idée de copropriété familiale, a donné naissance à d'intéressantes institutions du droit allemand moderne, les *Stammgüter* et les *fidéicom-*

(1) Gerber, *loco citato* ; Stobbe, *loco citato* ; Heusler, p. 234.

(2) Du moins c'est l'opinion de la majorité des auteurs, cf. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4. Auflage, Leipzig, 1895, p. 236.

(3) C'est la raison pour laquelle l'*Erbverbrüderung* conclue au début du XIV^e siècle, entre le Brandebourg, la Saxe et la Hesse est devenue caduque. Elle aurait en effet pour conséquence un partage de l'Etat prussien exclu par la constitution actuelle. V. Stengel, *Handbuch des öffentlichen Rechts von Marquardsen*, II, 3. *Das Staatsrecht des Königreichs Preussen*, Freiburg-in-B. u. Leipzig, 894, 1pp. 42 et 43. — Cf. sur ces *Erbverbrüderungen*, E. Lœning, *Die Erbverbrüderungen zwischen den Häusern Sachsen und Hessen, und Sachsen, Brandenburg und Hessen*. Frankf.-a-Main, 1867.

(4) Cf. Gerber, § 310, *in fine*, Meyer, § 90, *ad notam* 3. En Bavière le roi est pleinement capable de conclure seul une *Erbverbrüderung*. *Verfassungsurkunde*, titre II, §§ 4 et 5. Cf. Seydel, *Handbuch de Marquardsen*, III, 1. *Bayrisches Staatsrecht*, Frib.-in-B., 1888, p. 29.

mis, sans parler de ces curieuses « *Kommunhausungen* » fréquentes encore dans les régions alamaniques, franques, et bava-roises sur lesquelles les récentes enquêtes bava-roise et prussienne ont fourni d'intéressants aperçus.

Au Nord, le *Beispruchsrecht* avait une structure plus indépendante, plus individualiste qu'au Sud ; il appartenait au plus proche héritier et à lui seul, indépendamment de toute communauté avec l'aliénateur.

Au cours de l'évolution, ce fut cette forme qui tendit à se répandre (1) ; elle n'apparaît dans toute sa généralité qu'au moyen âge et elle exerça même une influence considérable sur la première forme (2), mais ses débuts sont cependant à rechercher dans les antiquités (3) même du droit des Saxons (4).

Des chapitres 62 et 64 de la *lex Saxonum* voici ce qu'il semble résulter (5). Pour chaque aliénation il faut le concours des héritiers les plus proches (6). De cette règle il n'est fait exception que pour les aliénations 1° en faveur du roi ou de l'Eglise (7), 2° que pour le cas de nécessité (8), ce que l'on appellera plus tard l'« *echte Noth* », et encore dans cette dernière hypothèse le propriétaire doit-il au

(1) Cf. *suprà*, pp. 16, 35.

(2) Rosin, p. 331.

(3) Rosin, p. 329 ; Schröder, p. 273, note 52 ; Stobbe-Lehmann, § 117, p. 458 ; Gerber, § 73, notes 4 et 5 ; Heusler, I, p. 227, II, 54.

(4) Plutôt de l'Ostfalen que du Westfalen, Rosin, p. 329 ; Heusler, I, p. 227.

(5) Stobbe-Lehmann, p. 458 ; Zimmerle, pp. 39 à 47, quoique ayant une autre façon de lire le ch. 62, en raison d'une ponctuation particulière arrive, quant aux aliénations d'immeubles, aux mêmes résultats. Fipper, pp. 5 et 6.

(6) Ch. 62 : « *Nulli liceat traditionem hereditatis suæ facere....* »

(7) « *Præter ad ecclesiam vel Regi ut heredem suum exheredem faciat.* »

(8) « *Nisi forte famis necessitate coactus ut ab illo qui hoc acceperit sustentetur.* »

préalable offrir son immeuble à son plus proche parent. Ce n'est qu'en cas de refus de celui-ci qu'il est qualifié pour aliéner son bien à un étranger (1). Cette interprétation a eu des contradicteurs.

Pour Beseler il s'agit dans le chapitre 62 de la *lex Saxonum* d'une limitation à la pleine liberté d'aliéner, introduite en faveur des descendants, au cas d'une libéralité équivalant à leur exhérédation totale. Les mots *præter ad ecclesiam vel regi* sont, d'après cet auteur, une addition à la rédaction primitive de la loi. L'Eglise obtenait ainsi une dérogation à la règle qui à l'origine avait été spécialement édictée contre elle. Pour arriver à ce résultat elle avait cherché à intéresser le roi à la modification. Cette explication n'est qu'une partie d'une théorie beaucoup plus générale de Beseler sur l'origine et l'évolution du *Beispruchsrecht*. Exposons la théorie générale pour mieux replacer l'explication particulière à la *lex Saxonum* dans son cadre. A l'origine la propriété était librement aliénable ; mais de bonne heure les mœurs (2) avaient apporté une exception au principe en faveur des enfants (3). De-

(1) Ch. 64 : « Liber homo, qui sub tutela nobilis cujuslibet erat, qui jam in exilium missus est, si hereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo, si ille eam emere noluerit, offerat tutori suo, vel ei qui tunc a rege super ipsas res constitutus est ; si nec ille voluerit vendet eam cuicumque libuerit, Richtofen *Monumenta Germaniæ Legum*, tomus V. Les mots non imprimés en italique de la fin de la première phrase ne visent qu'un cas particulier sur lequel l'accord n'est pas fait.

(2) D'après un auteur contemporain, Ficker, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte I*, Innsbrück 1891, ch. VI, *Recht und Sitte*, notamment pp. 183, 185, 197, 245, il n'y avait pas originairement de *Beispruchsrecht* légal, mais les mœurs étaient défavorables aux aliénations pouvant porter atteinte au droit des parents. Mais que sont les lois primitives sinon des mœurs juridiques ?

(3) Beseler, *loco citato*, p. 51. Plus loin, p. 53, Beseler, répondant à l'objection que soulève naturellement sa théorie : Comment admettre une semblable liberté de disposition des immeubles à une époque où

puis, l'exception devint la règle, le Beispruchsrecht fut étendu à d'autres parents.

Avec l'introduction du christianisme les mœurs se trouvèrent insuffisantes pour protéger les enfants contre les libéralités pieuses sollicitées trop avidement par le clergé. Ce fut surtout Charlemagne qui agit énergiquement dans le sens de la protection de la famille ; le chapitre 62 de la loi des Saxons n'est qu'une manifestation de sa diligence en cette matière.

Il est peu probable étant donné le rôle important que jouait la terre dans l'organisation germanique qu'elle ait été abandonnée à l'origine à l'arbitraire de chacun (1). Comme le dit Gerber (2), « *Nemo rem diutius secum reputans dubitare potest, quin sententia per tot sæcula et tot et tam gravibus testimoniis sancita non a singulari quædam causa, sed tantum a conscientia necessitatis alta in mente Germanorum reposta originem repetere possit* ». Un principe juridique qui a joué un si grand rôle dans la vie du peuple allemand n'aurait jamais pu se développer avec cette vigueur s'il n'avait dû son origine qu'à des causes absolument passagères. Il aurait dû disparaître avec le dé-

la propriété foncière formait le foyer de toute la vie sociale ? répond en invoquant l'exemple du « Bauernstand » moderne dans les régions de grande stabilité de la propriété, où la propriété se maintient en fait dans les familles en dépit de la liberté d'aliénation. « *Noch jetzt sehen wir, dit-il, in den Ländern, wo sich der Bauernstand die alte Kraft und Haltung bewährt hat, eine grosse Stabilität des Besitzes, und wenn auch die Veräusserung unbeschränkt ist, so wird sie doch nur in besonderen Fällen von den Genossen günstig beurtheilt, die Liebe zum ererbten Eigen, der Wunsch für die Seinigen etwas zu erarbeiten, ihnen eine wohlbestellte Hufe zu hinterlassen sind die gewöhnlichen Beweggründe des Handelns* ».

(1) Zimmerle, *op. cit.*, p. 108.

(2) *Meditationes*, pp. 3, 4 ; l'argument de Gerber d'après lequel avec la théorie de Beseler l'absence de protection des meubles ne s'expliquerait pas porte peu. Beseler pourrait répondre, on se songea à protéger que les immeubles parce qu'ils avaient plus de valeur.

veloppement de la puissance du clergé, nous le voyons au contraire se maintenir avec celle-ci ; la preuve de son antique vitalité se trouverait affirmée par les attaques passionnées auxquelles il fut en butte. Inexplicable demeure aussi dans la théorie Beseler l'extension du *Beispruchsrecht* ; il naît pour un but spécial qu'il dépasse de beaucoup ; il naît au profit des descendants et nous le voyons mis en œuvre par des collatéraux ! A cela s'ajoute la remarque très fine de Zimmerle ; d'après Beseler l'institution doit sa naissance à une transformation du droit coutumier ; mais comment une coutume déterminée pourrait-elle naître de mœurs qui lui sont défavorables ? Les textes montrant le concours des parents éloignés aux aliénations demeurent inexplicables avec la théorie de Beseler. A quoi bon ce concours si ceux-ci n'avaient aucun droit ! C'est en vain que Beseler cherche à donner aux textes cités par lui à la fin de son paragraphe 5 un sens favorable à sa théorie. Presque tous ces textes (empruntés à l'*Historia Frisengensis* de Meichelbeck) vont directement à l'encontre de la démonstration tentée (1). Enfin les sources ne parlent pas que de libéralités, mais d'une façon très générale d'aliénations (2). Comment expliquer l'extension du domaine

(1) La théorie de Beseler a été reprise par Lewis (*De origine facultatis hereditibus in jure germanico concessæ prohibendi alienationes rerum immobilium*, Berol., 1862). Cette opinion est également à la base de l'important ouvrage de Lewis sur les fidéicommiss et elle explique l'influence prépondérante que l'auteur attribue au droit romain pour la formation des fidéicommiss allemands, ce qui a valu parfois à Lewis des attaques assez vives de la part des germanistes. Lewis a voulu nier l'existence du *Beispruchsrecht* en s'appuyant sur le droit anglo-saxon des IX^e et XI^e siècles. A cela Fipper répond en faisant remarquer que le droit anglais n'avait pas conservé sa pureté primitive, il n'était notamment pas pur de toute influence romaine.

(2) Si les expressions « *parentibus consentienbus* » peuvent être équivoques (Zimmerle, p. 110 ; Beseler, p. 66), il en est d'autres qui ne le sont pas. Le numéro 13 de la « *pars instrumentaria* » du tome I de

d'application du Beispruchsrecht et comment expliquer son développement dans les rapports entre laïcs (1) ?

Beseler a cherché à faire rentrer la loi des Saxons dans le cadre de sa théorie générale. Il y voit une réaction du clergé contre les prohibitions auxquelles d'après lui, les captations ecclésiastiques avaient donné lieu (2). Mais le texte n'est guère favorable à son interprétation (3). Il ne vise pas seulement les libéralités ; le mot *traditio* a un sens très général (4) ; traduire le mot *heres* par « descendant », donne lieu à des scrupules, en présence des sens variés du mot sur lesquels Beseler lui-même a insisté dans l'introduction (5) à la 1^{re} partie de sa théorie des Erbvertræge (6). Enfin, il est peu probable que l'on ait eu à protéger les descendants contre les libéralités pieuses excessives des parents, là où les Saxons ne devaient qu'être peu disposés à la générosité envers une religion qui leur avait été récemment imposée (7) par leurs ennemis héréditaires.

Des chapitres 62 et 64 combinés de la « lex Saxonum »,

l'*Historia frisingensis* est par contre décisif en faveur de la nécessité du consentement des proches. Cf. *loc. cit.*, nos 417-705.

(1) Fipper, pp. 9 et 10.

(2) *Op. cit.*, p. 59.

(3) Il n'y a pas eu d'ailleurs d'interpolation ainsi que le croit Beseler. Cf. Fipper, p. 61, note 4.

(4) Surtout lorsqu'on le rapproche de la finale du chapitre 62 de la loi des Saxons ainsi conçue : « Mancipia liceat illi dare ac vendere. » L'ordre d'idées du chapitre ne peut donc pas uniquement viser les « Vergabungen von Todeswegen ».

(5) Cf. Beseler, *op. cit.*, p. 16.

(6) Cf. Zimmerle, p. 42.

(7) Zimmerle, p. 44. Nous en avons la preuve indirecte dans ce fait que les documents relatifs aux libéralités pieuses chez les Saxons du IX^e siècle sont des plus rares (Fipper, p. 3, note 8, p. 9, *Beispruchsrecht nach altsächsischem Rechte*, 1879). « Qu'aurait servi à l'Eglise l'avidité de quelques-uns de ses serviteurs si à cette avidité ne correspondait pas d'autre part l'esprit de générosité ? » Fipper, p. 9.

il résulte donc qu'au IX^e siècle, la propriété immobilière n'était pas de libre disposition dans une notable partie du Nord de l'Allemagne actuelle.

La nécessité du concours de l'héritier le plus proche aux aliénations se maintint pendant le premier moyen âge. Nous la trouvons consignée dans un passage très connu du « *Sachsenspiegel* » qui, avec les éléments fournis par d'autres passages de ce coutumier et les sources de l'époque nous permet de reconstruire l'institution telle qu'elle existait pour les contemporains d'Ekke von Repgau (1) sans avoir subi vraisemblablement de modifications depuis la *lex Saxonum* (2). Le passage de *Sachsenspiegel* est ainsi conçu (3), 52, § 1 : « Ane erben gelob und âne echt ding en muz nieman sin eigen noch sine lûte gebn... Doch wechselen die herren wol iri dinestman âne gerichte, ab man die widerwechsele bewîsen und bezugen mac. Gibt erz wider recht sunder erben gelob, der erbe underwindet es sich mît urteilen, als ab her tât si, jene der daz gab, sô ers nicht gebn mochte. »

Comme on le voit, la constitution politique, économique et sociale du moyen âge avait frappé de son empreinte la vieille institution. Se trouvait prohibée sans l'autorisation des héritiers non seulement la vente des biens mais aussi

(1) L'auteur du *Sachsenspiegel* ; la critique allemande contemporaine admet que le *Sachsenspiegel* a dû être composé entre 1215 et 1235. Il est antérieur de 40 à 60 ans aux coutumes de Beauvoisis, de notre Beaumanoir et jouit parmi les germanistes d'une popularité analogue à celle dont Beaumanoir jouit chez les historiens du droit français.

(2) Zimmerle, p. 149. C'est un phénomène connu que le rédacteur du *Sachsenspiegel* décrit avec complaisance des institutions qui ne correspondent plus exactement aux conceptions juridiques de son époque. Cf. à propos de l'obligation de l'héritier aux dettes, les observations très justes de Heusler, II, p. 554. Cf. également Fipper, p. 3 et p. 4, note 9.

(3) *Der Sachsenspiegel (Landrecht) nach der ältesten Leipziger Handschrift*, édité par J. Weiske, 7^e édition, Leipzig, 1895.

celle des hommes (1), des non libres. Beaucoup d'entre eux sont accessoires de la terre ; ils en suivent le sort ; le droit ne faisait que s'adapter exactement aux besoins économiques de l'époque : les serfs entraient pour une part notable dans la fortune privée au moyen âge. Étaient soumises à cette règle les aliénations non seulement des serfs, proprement dits, mais aussi de ceux appartenant à la condition plus relevée des Dienstleute.

De ce passage il résulte clairement que la propriété est aliénable, mais qu'elle ne l'est qu'avec le consentement de l'héritier « Erbengelob » (cf. le mot Erlaubniss de l'allemand moderne).

Le chef de famille dispose seul, car il est seul propriétaire (2), mais cette disposition n'est valable, que lorsqu'elle est appuyée du consentement exprès ou tacite de l'héritier (3). Cet héritier, c'est le plus proche (4) et ce ne peut être que lui (5). Dans un cas, sur lequel nous revien-

(1) Sachsenspiegel, I, 52, § 1.

(2) Gerber, p. 133.

(3) Pour les solennités de cette hypothèse, cf. Schröder, p. 708.

(4) Schröder, p. 708 ; Heusler, II, 56 ; Rosin, p. 331 ; Stobbe-Lehmann, p. 463 ; Zimmerle, p. 137 et seq.

(5) Cela résulte encore des sources et de la nature même de la sanction de notre Beispruchsrecht. Pour les sources cf. entre autres : a) les statuts de Goslar souvent invoqués (édition Goschen, p. 28, lignes 28 à 33) : « Let en erve gut oder bekomeret he dat sin neyste erve vulbordet, de ander sibbe vernere ist, de machdat nicht weder spreken ». Cf. Vermehrtes Sachsenspiegel, *Rechtsbuch nach Distinktionen* (éd. Ortloff, 1836), I, 47, 13, I, 47, 6 et séries d'autres documents dans Zimmerle, pp. 174 et 175. Cf. encore les citations du *Codex diplomaticus quedlinburgensis* et des *Monumenta Boica* dans Heusler, II, 56, note 7, et dans Fipper (p. 76) d'après le Glossaire de Haltaus (p. 283) une décision de l'évêque d'Hildesheim de 1212.

b) L'action sanctionnant notre Beispruchsrecht était une action réelle fondée sur la fiction de la mort de l'aliénateur (*als ab her tot si jene der daz gab*). C'était une sorte de pétition d'hérédité, or personne autre que le plus proche héritier n'aurait pu intenter cette action si l'aliénateur était mort au moment où l'aliénation avait été opérée. C'était cette

drons, celui d'« echte Noth », le Beispruchsrecht dégénère en simple droit de préemption du cohéritier ; or pour ce cas, la loi des Saxons ne parle que du plus proche, n'est-on pas en droit de conclure que pour les autres aliénations le consentement du plus proche suffit ? Le fait de la constatation, dans les sources, du concours de nombreux parents éloignés ne suffit pas à prouver un Beispruchsrecht de ceux-ci. Leur présence s'explique soit par le besoin que l'on éprouvait de donner plus d'autorité au contrat (1), soit par la présence d'une Ganerbschaft, (2), soit par l'existence d'une Leibzucht grevant le bien (3). Somme toute, le consentement des parents a pu souvent être utile, rarement il a dû être indispensable.

Ce Beispruchsrecht saxon différerait de celui résultant de la « Gemeinderschaft » à deux points de vue.

Tout d'abord il ne consiste pas dans un concours de de l'héritier ou des plus proches héritiers à l'aliénation, mais dans leur consentement. Ici nous n'avons plus de

mort que l'on supposait. On poussait l'exigence de la proximité du degré de l'héritier jusqu'à ses conséquences extrêmes, même au prix d'une injustice. Les enfants nés à l'aliénateur postérieurement à la tradition n'avaient aucun Beispruchsrecht. Stobbe dans sa 2^e édition (II, p. 124, note 27) avait vu là une particularité de la Leibzucht. Heusler (p. 57, note 2) l'avait réfuté en invoquant une série de sources. M. Lehmann dans la 3^e édition (p. 464, note 26) s'est rangé à l'avis d'Heusler. L'un et l'autre reconnaissent toutefois que cette règle ne s'est pas maintenue. Dans le même sens que ces deux auteurs Zimmerle, p. 174. Aussi y avait-il intérêt à réserver le droit des enfants par une clause expresse de la convention.

(1) Heusler, p. 58 ; Zimmerle, p. 177.

(2) Heusler, *loc. cit.* ; Fipper, p. 19.

(3) Fipper, p. 23. C'était parfois en qualité d'héritière que la femme figurait au contrat et alors elle exerçait un véritable « Beispruchsrecht » ; c'était dans les régions où existait la communauté d'acquêts (Westphalie). Cf. Fipper, p. 24. Ce Beispruchsrecht suivit naturellement tous les développements de la communauté westphalienne (celle-ci n'existait qu'autant que des enfants étaient nés du mariage).

gesamnte Hand mais une propriété individuelle. Le consentement du plus proche héritier est ici une façon d'*auctoritas tutoris*, une sorte de *consensus curatoris* (1). Et ce consentement peut être non seulement exprès (2), mais encore tacite. Que l'héritier n'ait élevé aucune protestation contre l'acte de disposition pendant l'an et jour à partir du moment où il aurait dû faire valoir son droit (3) et celui-ci se trouvera prescrit. La présence de l'héritier à l'aliénation dans l'« echt gedeng » sans protestation de sa part constituait une autre forme de consentement tacite (4). Plus importante était encore une autre différence de nos deux Beispruchsrechte. En droit saxon on avait encore besoin de l'Erben Laub pour l'aliénation de ce que l'on avait obtenu à la suite d'un partage avec ses héritiers,

(1) La distinction est surtout juridique, car le résultat pratique est bien le même. Cf. Heusler, I, p. 227. « Man möchte sagen, es seien das mehr nur verschiedene Formen für einen in der Wirkung gleichen Rechtsbestand, und es ist so richtig, dass der Effect derselbe ist, wenn ein Sohn das vom Vater veräußerte Gut an sich zieht, weil er nicht sein Erbenlaub gegeben hat, oder weil er nicht mitgewirkt hat. »

(2) Sur ce consentement, cf. Schröder, p. 708 ; Stobbe-Lehmann, § 117 note 27.

(3) Fipper, p. 79 ; Rosin, p. 331 ; Gerber, p. 133 ; Zimmerle, p. 224. Le plus souvent le point de départ sera le moment où il aura eu connaissance de l'aliénation, car ce moment coïncidera avec la transmission (Auflassung) à laquelle il aura assisté dans l'« echt Geding ». Il n'y a plus concordance entre le point de départ de la prescription et celui de l'Auflassung dans les 3 cas suivants :

a) Ignorance de l'aliénation. Toutefois en raison de la publicité des aliénations, cette ignorance devait être prouvée par serment. Le point de départ de la prescription datait alors de l'époque de la connaissance acquise.

b) Minorité. Zimmerle, pp. 205, 206, 226 ; Stobbe, p. 464. L'aliénation devait être attaquée dans l'an et jour à partir de la majorité. Pour se protéger l'acquéreur exigeait des cautions. Zimmerle, p. 206 ; Fipper, p. 80, texte et note 22.

c) Absence.

(4) Schröder, § 87, note 6, n° 117 ; Zimmerle, pp. 208, 209, 225, note 35 ; Fipper, p. 80.

dans le Sud de l'Allemagne, le partage supprimant la gesammte Hand faisait par là même cesser le Beispruchsrecht reposant sur elle (1). En d'autres termes le Beispruchsrecht se trouvait en droit saxon dégagé de la communauté de famille ; il n'appartenait plus au cercle restreint des parents vivant effectivement ou fictivement à pain et à pot, mais à tous les collatéraux ayant droit de succéder. Ici c'était moins la considération de la communauté d'intérêts que celle de la parenté qui dominait. En revanche en se concentrant dans la seule personne des plus proches successibles (ce pouvaient être des collatéraux éloignés) (2) ce Beispruchsrecht diminuait l'action de la famille. Le cercle des ayants droit s'étendait, quoique le nombre de ceux contrôlant l'aliénation diminuât. Le droit de la famille perdait en force ce que celui de chaque membre gagnait individuellement en étendue (3).

A défaut de consentement du plus proche héritier l'aliénation n'était pas seulement nulle ou annulable ; l'effet produit par la méconnaissance des prescriptions légales était plus complet. Le bien aliéné à tort revenait immédiatement à l'héritier, il en pouvait poursuivre l'attribution personnelle comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu et que l'aliénateur fût mort. « Gibt erz wider recht sonder erben gelob, der erbe underwindet es sich mit urteilen, als

(1) Gerber, p. 133 ; Heusler, p. 227 ; Stobbe-Lehmann, § 117, *ad notam* 21.

(2) D'après Fipper, p. 29 et seq. (surtout p. 29), les sources ne parlent que du concours des parents des 5 premières parentèles, ce qui ne saurait être mis au compte du hasard. Cf. Heusler, p. 56.

(3) Le consentement exprès ou tacite d'un seul liait les autres ; il n'y avait pas une sorte de transmission aux plus proches après lui. Amira a soutenu le contraire (*Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung nach den alt nieder-deutschen Rechten* (1874), p. 134. *Contra*, et avec raison Gerber, § 73 et Rosin, p. 331, *ad notam* 10. Un pareil système eût en effet rendu les aliénations impossibles.

ab ber tât si, jene der daz gab, so ers nicht gebn, mochte. »

Quelle était la nature de l'action compétant à l'héritier ? A cet égard il y a eu d'assez vives controverses. Les uns ont voulu y voir une action réelle, d'autres une action personnelle, d'autres enfin une *actio personalis in rem scripta* (1). Il faut y voir une action réelle ; ce que revendique le plus proche héritier c'est un droit réel sur la chose ; à son égard l'acquéreur (et cela est également vrai de tout ayant cause de l'acquéreur quoique les sources soient peu abondantes sur ce point (2), dans le délai d'an et jour à partir de l'Auflassung) n'est pas un *justus possessor* (3). Sur quel fondement repose cette action réelle ?

La question semble résolue par le Sachsenspiegel lui-même qui, en disant que l'héritier peut faire valoir ses droits absolument comme si l'aliénateur était décédé, et que le bien se trouve entre les mains d'un tiers non qualifié, fait bien entendre qu'il y a là un droit de succession anticipé (4). Heusler (5) et après lui Rosin (6) ne voient dans la formule du Sachsenspiegel qu'une simple comparaison. Pour employer une expression empruntée au droit romain il n'y avait pas là une *actio ficticia*, fondée sur la fiction de la mort de l'aliénateur, une sorte de pétition d'hérédité. L'action ne constitue pas la protection immédiate d'un droit éventuel, supposé réalisé, le droit de suc-

(1) Stobbe dans sa 2^e édition, § 87, *ad notam* 48.

(2) Cf. Blume von Magdeburg (éd. Böhlau, 1868, II, cap. 13). L'héritier peut s'attaquer au bien fût-il parvenu entre des mains étrangères (in fromdir hant vint). Cf. Rosin, p. 332, *ad notam* 11; Stobbe-Lehmann, § 117, *ad notam* 48.

(3) Heusler, p. 59.

(4) Gerber, p. 133, note 8.

(5) II, p. 59.

(6) P. 332, note 13, p. 405. Avant eux la même théorie avait été soutenue par Eckard, *Zeitschrift für deutsches Recht*, I, p. 449.

cession ; c'est la sanction immédiate d'un droit d'ores et déjà existant, le *Wartrecht* (1). On peut invoquer en ce sens le chapitre 25, § 1 (2) du *Richtsteig Landrechts* aux termes duquel l'héritier « des eigens *Wardende was na Ndode* ». Le droit de l'héritier était en quelque sorte un droit de propriété en sous-ordre ou en réserve ; il se trouvait primé par le droit plus fort du propriétaire actuel. Le droit de ce dernier venant à disparaître par suite d'une commise, celui de l'héritier apparaissait au premier plan. Comme le dit Heusler, p. 59 : « Das *Wartrecht* ist durch die Veräusserung und damit das Ausscheiden der bisher Berechtigten von seiner Gebundenheit freigeworden und hat dadurch die Fähigkeit erlangt, sich in der Gewere am Gute zu realisiren, daher auch die Klage auch gegen jeden geht, der dieser Realisirung hindernd in den Weg tritt. » Stobbe-Lehmann, qui comme Heusler se refuse à prendre le *Sachsenspiegel* à la lettre, n'admet pas cependant cette construction donnée au droit de l'héritier par Heusler. Cette propriété contenue par le droit d'autrui, passant par le fait de l'aliénation au premier plan a soulevé de la part de cet auteur une critique (3) qui toutefois, à mon avis, ne porte pas. « Si la théorie de Heusler était exacte, dit-il, l'ayant droit au *Beispruchsrecht* transférerait par une renonciation sans forme à son droit, la propriété de l'immeuble à l'acheteur ; résultat en opposition absolue avec les règles de l'ancien droit allemand sur les transmissions immobilières entre vifs. » C'est oublier que l'alié-

(1) Cpr. avec Heusler et Rosin, et dans le même sens qu'eux, Stobbe-Lehmann, p. 117, note 50.

(2) Ce qui fait la valeur du passage, c'est l'origine du *Richtsteig Landrechts*. Il est d'un siècle postérieur au *Sachsenspiegel* et a été composé par Jean de Buch avec des éléments empruntés au *Sachsenspiegel* auquel il ne le cède pas en valeur, Homeyer, *Der Richtsteig Landrechts*, 1857.

(3) § 117, note 47 *in fine*.

nation n'est pas nulle mais seulement annulable (1), il y a eu transmission de la propriété lors de l'Auflassung, mais cette transmission est viciée; la prescription de l'action de l'héritier, une ratification, autant d'événements susceptibles de rendre l'opération inattaquable. Mais dans tous les cas, l'acquéreur tiendra son droit de l'aliénateur, non de l'héritier, la renonciation n'est que confirmative, elle fortifie le contrat elle ne le crée pas. En cas d'éviction l'acquéreur demandera garantie à l'aliénateur, non à l'héritier.

Mais alors, pourrait-on objecter, si la renonciation de l'héritier ne transmet rien à l'acquéreur c'est que cet héritier n'a pas de droit. L'argument se retourne contre vous. Heusler a eu tort de parler de l'acquisition immédiate d'un droit de propriété. A la vérité ce qui réalise le droit actuel de propriété de l'héritier c'est moins l'aliénation elle-même que la volonté de l'héritier de ne pas reconnaître celle-ci. S'il ratifie, il n'éveille pas son droit de propriété qui sommeille, s'il ne ratifie pas, son droit de propriété prend naissance, mais à condition qu'il manifeste l'intention d'en tirer parti en intentant l'action avant la fin de la « *verjährungsfrist* » (délai de prescription).

Ce n'est pas à dire que nous admettions la théorie d'Heusler. Elle a contre elle, indépendamment du texte du *Sachsenspiegel* dont on se débarrasse trop aisément en y voyant une simple comparaison, un moyen didactique (2), le chap. 25 du *Richststeigs Landrecht* « *So vrach; Na demedat he des vor Gerichte bekonde, dat het upp gegenen hebbe, eft ick my det icht unterwinden mute, als eft he dot were? Dat vint me* » (3).

(1) L'auteur le dit lui-même à la page 469, *ad notam* 43.

(2) *Didaktischer Behelf*, dit Rosin, p. 405.

(3) Le texte du *Schwabenspiegel* invoqué par Zimmerle, p. 211, ne me paraît pas très probant, en raison du sens amphibologique du mot *erbe*. Le mot peut désigner le successeur d'une personne décédée ou

L'héritier a une action en revendication fondée sur la fiction d'une dévolution successorale (1). Comme le droit germanique ignorait et le principe romain de l'unité de succession et la nécessité de l'adition d'hérédité, il s'ensuivait qu'en vertu de la fiction, l'héritier était censé avoir acquis par voie de succession le bien aliéné sans son consentement. L'action était une revendication d'un bien transmis à cause de mort. L'héritier agissait en vertu d'un droit de propriété.

Les cas de fiction d'hérédité anticipée ne sont pas rares, nous les trouvons en diverses matières relatées dans des sources différentes. Dans différents cas, l'héritier le plus proche de celui qui, en manière de pénalité, avait été judiciairement privé de son bien, se voyait accorder une revendication sur le fondement d'une succession anticipée (2).

Même fiction à l'égard de celui entré dans le clergé régulier, même conséquence à l'égard de son plus proche héritier (3). La glose (4) sur le § 25 (5) du livre I^{er} du Sachsenspiegel admet le même principe. Elle se pose la question de savoir pourquoi le moine ne prend pas sa part d'héritage et la réponse est caractéristique surtout dans sa forme à rapprocher de celle du Sachsenspiegel, I § 52, § 1 : « Diess geschieht darum, dass man ihn in der Welt für todt achtet. »

l'héritier présomptif d'une personne encore vivante (Beseler, *Erbverträge*, I, introduction, p. 15). Il ne me semble pas que le mot soit pris dans le 1^{er} sens.

(1) Fipper, p. 86-88.

(2) Schwabenspiegel, 49 ; Sachsenspiegel, I, 38, § 2, II, 41, § 1, n. 2.

(3) Statuts de Goslar, 40.1.3. Cf. Zimmerle, p. 212.

(4) Intitulé *von des pfaffen, monchesrechte an deme erbe*.

(5) De Jean de Buch, milieu du XIV^e siècle ; c'est à cet auteur, un des premiers commentateurs du Sachsenspiegel que l'on doit la division du Sachsenspiegel en 3 livres, division demeurée classique.

Indépendamment des objections tirées des textes, il en est d'autres tirées de l'illogisme de la construction du droit de l'héritier dans la théorie Heusler (1). Le droit de l'héritier ne prend pas seulement la place laissée libre par le droit de l'aliénateur, il prend parfois beaucoup plus. Le propriétaire a constitué une Leibzucht sans concours de son héritier le plus proche ; celui-ci n'aura pas sur l'immeuble aliéné un simple droit de Leibzucht, il aura beaucoup plus, à savoir un droit à la propriété pleine et entière ; le droit de l'aliénateur disparaît absolument comme si en aliénant il avait attenté à sa vie juridique relativement à ce bien. C'est comme un suicide partiel de personnalité juridique.

L'héritier n'est pas tenu de rembourser à l'acquéreur le prix du bien aliéné (2). Notre Beispruchrecht ne doit pas être confondu avec un simple retrait lignager qui ne peut s'exercer que moyennant remboursement à l'acquéreur de toutes les dépenses que l'acquisition lui avait fait faire. Il y a sans doute entre les deux institutions une grande parenté ; elles ont un but commun quoique le poursuivant avec une énergie inégale ; dans la suite des temps le retrait tendit de plus en plus à prendre la place laissée libre par (3) le Beispruchsrecht lorsque la notion de bien de famille s'affaiblit et dégénéra d'une question de droit en

(1) Toutefois dans notre théorie il y a un vice, c'est la question de la garantie. S'il y a fiction d'hérédité, le revendiquant n'est-il pas tenu à garantie et par cela même tenu de respecter les actes de son auteur. Nullement car les obligations personnelles au *de cuius* ne peuvent pas être poursuivies contre l'héritier. Cf. Sachsenspiegel, I, 9, § 6 : « Stirbt aber jener, der ez lazen solde, sin sun en ist nicht pflichtig iz zu lazene, her en habiz selbe gelobt oder burgen dâ vor gesaczt. »

(2) Fipper, p. 87.

(3) Il est peut-être inexact de faire dériver le retrait du Beispruchsrecht ; on les voit coexister. Ce qui est vrai c'est qu'avec le changement des mœurs le premier envahit le domaine du second. Cpr. Heusler, pp. 60 et 61.

une simple question de sentiment (1). Mais pour l'époque qui nous occupe, le Beispruchsrecht est encore dans toute sa vigueur, l'acquéreur n'a rien à exiger de l'héritier il n'a de recours que contre le vendeur.

La question change un peu d'aspect, semble-t-il, lorsque le vendeur est mort avant d'avoir remboursé le prix. N'y a-t-il pas conflit entre le droit propre que l'héritier tient de son Beispruchsrecht méconnu et les obligations qu'il a en tant que successible ? Comment l'ancien droit allemand le résolvait-il ?

Il distinguait entre les dettes personnelles qui s'éteignaient avec le débiteur et les dettes non personnelles qui passaient à l'héritier sans toutefois grever la succession au delà de sa consistance mobilière (2). Au nombre des premières figurait celles résultant de contrats portant sur les immeubles soumis au Beispruchsrecht (3). Il semble qu'après on alla plus loin ; l'héritier attaquant l'aliénation *post mortem alienatoris* fut tenu de dédommager l'aliénateur sur les meubles eux-mêmes (4).

Ce Beispruchsrecht avait un domaine d'application considérable. Il s'appliquait en effet à tous les immeubles (5)

(1) Cela n'excluait sans doute pas les opérations avantageuses. A côté de ceux qui rachètent un bien à raison de son origine, il y a ceux qui le rachètent pour prospérer de la bonne opération réalisée par un acheteur sur un parent obéré. Le retrait servait à ceux-ci comme à ceux-là, mais il était fait pour les premiers. Rosin, p. 332 ; Gerber, § 73 ; Stobbe, n° 117 *in fine* ; Zimmerle, p. 220.

(2) Ceci n'a d'ailleurs rien de spécialement allemand et relève plutôt du droit commun des races germaniques. Cpr. pour la France, Heusler, II, 553. Le Sachsenspiegel qui relate encore cette particularité n'exprime peut-être plus exactement le droit de son époque. Cpr. Schröder, p. 738 ; Heusler, pp. 553, 554 ; Rosin, p. 332.

(3) Sachsenspiegel, I, 9, § 5. Cf. *suprà*, p. 65, note 1, *adde* Sachsenspiegel, III, 77, § 1.

(4) Cf. les statuts postérieurs au Sachsenspiegel cités par Zimmerle, p. 221, note 21.

(5) Ou biens assimilés, les serfs par exemple. J'en fais abstraction dans la suite du développement.

et à l'occasion de tous les contrats aboutissant à un acte de disposition sur tout ou partie (1) d'un immeuble. Ces contrats étaient nombreux (2); vente même partielle d'un immeuble (3), échange, constitution de rente annuelle, établissement d'un bail perpétuel, libéralité entre vifs (4), tous ces actes requéraient pour leur validité l'« erben gelob ». La nécessité de l'« erben gelob » ordinaire pour la constitution de la « Leibzucht » a été mise en doute (5); il n'était, a-t-on dit, accordé aux héritiers dans ce cas que dans la mesure où la « Leibzucht » dépassait un certain quantum d'ailleurs laissé à l'appréciation du juge. Indépendamment des sources qui sont peu favorables à cette opinion (6), il faut tenir compte de cette idée que la « Leibzucht » était une disposition trop fréquente et entraînant pour le propriétaire des conséquences trop graves pour qu'on ait abandonné l'examen de l'opportunité du quantum de la Leibzucht à l'arbitraire judiciaire. La « Leibzucht » est un usufruit du droit germanique; son principal cas d'application réside dans le « vidualitium » (Wittum) de la veuve. C'est plus qu'un usufruit ordinaire, celui-ci est un droit de jouissance limité, la Leibzucht est un droit de jouissance illimité; son titulaire n'est tenu que de ne pas détériorer (7). Il peut notamment apporter des modi-

(1) Fipper, p. 59 qui fait remarquer à l'encontre des auteurs soutenant l'opinion contraire que sinon il y aurait eu un moyen trop facile d'éluder la loi.

(2) Stobbe, § 117, notes 35 et 36; Fipper, p. 55.

(3) Pour les textes, cf. Zimmerle, p. 194; Sachsenspiegel, art. I, 52, §§ 1 et 2.

(4) Les libéralités *mortis causa* étaient également soumises au Beispruchsrecht.

(5) Sydow, *Erbrecht des Sachsenspiegels*, 1828, p. 192.

(6) Cf. notamment Sachsenspiegel, I, 21, § 1: « Nie man eigen der Vrowen zu irme libe geben mag ». Cf. Fipper, pp. 57 et 58.

(7) Heusler (II, p. 127) parle de « Verschlechterung » ou « Aergierung » des Gutes.

fications à la chose soumise à sa Leibzucht. Il était nécessaire que les héritiers pussent veiller au maintien de leurs droits en contrôlant cet acte fréquent et important. A quelle époque pouvaient-ils exercer ce contrôle ? Immédiatement dès la constitution de la Leibzucht ou seulement lors de l'exercice de ce droit par la femme devenue veuve ? Quel était en d'autres termes le point de départ du délai d'an et jour accordé aux héritiers pour faire valoir leurs droits ? Sur ce point, des controverses se sont élevées. La solennité de la constitution de la Leibzucht ne permet pas de reporter à une époque ultérieure, indéterminée (la mort du mari) l'effet de la Leibzucht. Celle-ci se trouvait constituée immédiatement et par là même les proches parents étaient en droit de faire valoir leurs prétentions sans plus tarder (1).

Ce n'étaient pas seulement les actes entraînant une aliénation immédiate qui étaient soumis à ce Beispruchsrecht, mais aussi ceux qui, dans leurs conséquences même éloignées pouvaient produire semblable résultat. Se donner à un plus puissant, entrer sous sa dépendance en qualité de serf (2), s'unir à lui par les liens de la ministérialité constituaient autant d'actes d'aliénation indirecte du patrimoine et des immeubles qui y figuraient. Aussi exigeait-on pour la validité de ces opérations le concours des héritiers.

Ce n'était pas seulement en matière de propriété libre que ces restrictions à la liberté de disposer existaient. Elles s'étaient étendues avec l'avènement des tenures nouvelles aux deux formes les plus importantes de l'amodiation de la terre au moyen âge, au fief et au colonat (3) (Lehen et

(1) Heusler, II, p. 126.

(2) « Swer sich vor Gerichte zu eigene gibt, sin erbe mac ez wal widersprechen mit rechte und bringen (in) wider an sine vriheit. » Sachsenspiegel, III, 32, § 7. Cf. Fipper, p. 38, notes 26, 27, 28 ; Zimmerle, p. 197, notes 2 et 3.

(3) C'est un mot générique employé pour désigner des institutions

Hofrecht), mais ce ne fut qu'assez tard. En matière de fief il ne put évidemment être question du « Beispruchsrecht » tant que l'hérédité aux bénéfices ne fut pas reconnue, et même alors le Beispruchsrecht n'eut pas l'extension qu'il avait en matière de propriété allodiale ; les collatéraux ne purent prétendre au droit de l'exercer (1) car le droit féodal allemand se faisait de la famille une conception étroite.

Les collatéraux ne pouvaient intervenir qu'en tant que « Mitbelehnten » à la suite d'une « Mitbelehrung » (inféodation zur gesammten Hand). Indépendamment de son « Beispruchsrecht » la descendance du vassal se trouvait protégée par le droit qu'avait le seigneur de consentir aux aliénations. Aussi le droit de « Beispruchsrecht » des descendants ne fut-il reconnu que timidement et peu à peu. Ce ne fut guère qu'au XIII^e siècle qu'il acquit son plein développement, mais sans porter toutefois sur le conquêt.

Il y eut en matière de colonat un développement analogue (2).

D'après les statuts de l'évêque de Worms, Burchard (année 1024) non seulement le bien héréditaire du colon ne peut être aliéné sans le consentement du seigneur, mais encore il ne peut être valablement aliéné en cas de besoin qu'après offre infructueuse du colon à son plus proche héritier (3).

Il y avait toutefois en matière de Beispruchsrecht des co-contractants à l'égard desquels le droit des cohéritiers

différentes, mais ayant un caractère commun, celui d'une location perpétuelle qui, dans les temps modernes, s'est transformée en pleine propriété libre.

(1) Zimmerle, p. 248.

(2) Heusler, *op. cit.*, p. 60.

(3) Walter, *Corpus juris germanici*, III, 775, § 2.

cédait, la législation germanique connaissait en la matière des *personæ exceptæ*. Le chapitre 62 de la loi des Saxons, mentionnait déjà l'Eglise et le Roi (1). C'est à l'influence franque que l'Eglise devait la situation de faveur qui lui était faite en la matière. Charlemagne qui voulait convertir les Saxons attachait une grande importance à pourvoir l'Eglise de droits et de privilèges qui fissent bien ressortir l'importance qu'il lui attribuait. Le moyen n'était peut-être pas toujours d'une habile politique ; les contemporains avisés n'étaient pas sans le sentir ; nous avons à cet égard de très intéressantes lettres d'Alcuin à Charlemagne (2), mais l'intention ne saurait être méconnue. Quant au roi, il était difficile de ne pas lui faire une situation analogue à celle qu'avait l'Eglise en cette matière. Une sorte de réaction ne tarda pas à se produire (3) ; on voit les héritiers concourir aux aliénations pieuses ; il en résulta une coutume, qui s'affirme très nettement (4) au X^e siècle. Le privilège du roi eut le même sort (5) après des vicissitudes analogues. La formule du *Sachsenspiegel* (6) est des plus générales, elle ne mentionne plus aucun privilège. Ekke v. Reppgau ne faisait sur ce point que consigner les coutumes de son époque. Dans certaines régions de la plaine saxonne, la réaction était même assez puissante pour s'accuser en prohibition d'acquérir, alors même que les héritiers auraient consenti. Moins de un demi-siècle après le « *Sachsenspiegel* » le Statut de Lübeck de 1266 (7) prenait contre la constitution des biens de main-morte de sévères dispositions (8).

(1) Stobbe, p. 458, note 5 ; Fipper, p. 60 et seq. ; Schröder, p. 272.

(2) Cf. celles citées par Fipper, p. 62, note 12.

(3) Fipper, p. 64 et seq.

(4) Fipper, p. 69.

(5) Fipper, p. 71.

(6) Livre I, A. 52, § 1.

(7) Cf. Hach, *Das alte lübische Recht*, I, p. 26.

(8) Fipper, p. 72.

Ce « Beispruchsrecht » donnait aux héritiers une garantie absolue pour le maintien du bien dans les familles. Des cas pouvaient se présenter où l'observation du « Beispruchsrecht » dans son absolue rigueur eût constitué une déplorable décision. Le propriétaire était tombé dans le besoin, l'aliénation s'imposait à lui comme une nécessité. Le droit familial cédait alors devant le besoin individuel du titulaire actuel du bien ; les héritiers n'étaient pas en droit d'empêcher que le propriétaire pût se sauver de la situation fâcheuse où il se trouvait, c'était le cas d'« echte Noth » (1).

La loi des Saxons (ch. 62 et 64) prévoyait déjà l'hypothèse et les sources où cette importante exception au « Beispruchsrecht » se trouve consignée sont nombreuses (2). Par contre la source la plus importante de l'époque, le *Sachsenspiegel* est muette, il n'en faudrait pas conclure toutefois que le droit saxon ignorât l'exception. Le droit antérieur au *Sachsenspiegel* (3), le droit contem-

(1) Gerber, § 73 ; Schröder, p. 273, note 52 ; Rosin, p. 332 ; Stobbe, § 117, note 38 ; Heusler, II, p. 60 ; Zimmerle, p. 199 et seq. ; Fipper, p. 72, *Echte Noth* est traduit par bon nombre de sources par les mots *legitima necessitas* (*Ehe, é, ewa* = *pactum, fœdus, judicium, forum, jus, lex*). Fipper, p. 72, note 1.

(2) Nous citerons entre beaucoup d'autres l'art. XIII de l'Oesterreichisches Landrecht, le Schwabenspiegel, c. 375, I, bon nombre de statuts urbains (Statut de Fribourg-en-Brigau de 1120 d'autant plus important que le droit de Fribourg a été le « Mutterrecht » de bon nombre de villes du Haut-Rhin — Colmar, par exemple — et de la Suisse — Berne, entre autres. — Cf. Gaupp, *Deutsche Stadtrechte des Mittelalters*, 1851-1852, II, 1-19. Cf. d'autres sources dans Stobbe-Lehmann, § 117, note 38, et dans Zimmerle, p. 119, notes 9 à 12). — De l'expression *echte Noth*, il convient de rapprocher celle de « pauvreté jurée », qui joue également un rôle important dans l'histoire de notre retrait lignager, Marnier, *Ancienne coutume de Picardie*, p. 113, « que la vente soit solennisée par l'ottroi de l'hoir ou par povreté jurée... » Cf. Ragueau, *Glossaire*, V° *Pauvreté jurée*.

(3) Ch. 62 et 64 de la *lex Saxonum*.

porain de ce coutumier, le droit postérieur, tout en un mot nous incite à suppléer à un silence dans lequel il faut plutôt voir une lacune ou un oubli qu'une négation (1).

En cas d'echte Noth l'aliénateur n'a plus à requérir le consentement des parents, il se borne à offrir à son plus proche parent d'acheter son immeuble et ce n'est qu'après refus de celui-ci qu'il est en droit de chercher preneur ailleurs. Cette offre se faisait dans l'« echte geding » ; où avaient lieu toutes les aliénations les assistants constituaient autant de témoins de l'offre préalable faite aux parents (2). L'« echte Noth » devait résulter des circonstances et non de la conduite du propriétaire voulant aliéner (3). On la prouvait soit par témoins, soit par serment (4). A défaut de cette oblation préalable, le « Beispruchsrecht » restait dans toute sa vigueur ; l'héritier avait une action réelle pour revendiquer l'immeuble (5) sans avoir à rembourser le prix de l'aliénation. En cela notre droit de préemption différant du retrait.

Cette exception de l'echte Noth n'était pas la seule.

La sévérité du principe cédaient encore dans d'autres cas.

1° En vue de faciliter le mariage à des serfs appartenant à des seigneurs différents et éviter ces croisements clan-

(1) Pauli, *Abhandlungen aus dem lübischen Recht*, 1837, I, p. 115, note 186 ; Zimmerle, p. 199 ; Stobbe, § 117, note 38 *in fine* ; Gerber, § 73, note 10. — *Contra*, Heusler, II, p. 554, qui me paraît en contradiction avec l'idée très exacte émise à la page 564, où il fait remarquer que le « Sachsenspiegel » a beaucoup plus de rapports avec les *leges* qu'avec les sources contemporaines. Or, parmi les *leges*, il y en avait une qui, de l'aveu de Heusler lui-même, pp. 54 et 55, traitait d'un Beispruchsrecht cédant devant la *famis necessitas*.

(2) Fipper, p. 75.

(3) Fipper, p. 75 ; Zimmerle, pp. 201-202.

(4) Cf. notre expression « pauvreté jurée ». Le serment était usuel à Lübeck. Pauli, I, p. 118 et note 191.

(5) Fipper, p. 77.

destins, sources de difficultés parfois inextricables (1), les seigneurs s'entendaient à l'amiable pour échanger leurs serfs. Pour la validité de cet échange le consentement de l'héritier n'était pas requis (2).

2° Dans l'article 20 § 1 du Livre I le *Sachsenspiegel* examine la question de savoir ce qui peut être donné en « Morgengabe » à la femme ; on peut donner entre autres « einen Knecht oder eine Magit » (un serf ou une serve) et ce, sans « erben gelob (3) » (consentement de l'héritier). Ce n'était pas admis partout (4). Le « *Görlitzer Rechtsbuch* » dans son *Landrecht* quoique reposant pour une notable partie sur le « *Sachsenspiegel* » ne suit pas son modèle sur ce point spécial. A la fin du XIII^e siècle le *Schwabenspiegel* restait fidèle à l'exception consignée un demi-siècle auparavant dans le *Sachsenspiegel*. A la fin du XIV^e siècle le *Rechtsbuch* de Ruprecht de Freising assimilait les serfs aux biens meubles (5).

Ces diverses exceptions au principe rigoureux du *Beispruchsrecht* étaient insuffisantes. La vie économique plus active des villes, le développement du commerce et de l'industrie sous l'action de la « *Geldwirtschaft* », autant d'éléments faisant éprouver au *Beispruchsrecht* comme

(1) On les a résumées d'une façon pittoresque dans la formule suivante : « une serve unie à un mâle étranger, ce serait une poule pondant dans le nid du voisin. » D'Avenel, *De la propriété privée à travers 7 siècles*, p. 57.

(2) « *Doch wechseln die herren wohl ihre dinestmam âne gerichte..* » *Sachsenspiegel*, I, 52, § 1.

(3) Voici le passage entier : « Nû vernemet, was iclich man von rittersart müge gebns ime wibe zu morgengâbe. Des morgens, als her mit ir zu tische gât : vor ezzene, âne erben gelob sô mac her ir geben einen knecht oder eine magit, die binnen iren jâren sin, und gezûne und gezimbere und veltgênde vihe. »

(4) Zimmerle, p. 182.

(5) Zimmerle, p. 183. Sur une autre exception importante, l'oblation volontaire de sa personne à l'église. Cf. Zimmerle, p. 198.

une gêne qu'il fallait supprimer. Dans les villes, où le rôle de l'activité humaine apparaît plus personnel, moins soumis aux éléments, une première distinction s'imposa ; celle des biens acquis et celle des biens hérités (1). L'on put sur les premiers disposer en toute liberté aussi bien entre vifs qu'à cause de mort.

Cette réforme juridique provoquée par les faits économiques réagit à son tour sur ceux-ci. Elle surexcitait l'intérêt individuel en vue de l'intérêt social. On a pu en comparer l'effet à celui que plus d'un millier d'années auparavant avait produit dans l'organisation romaine, l'introduction du régime des pécules (2).

On a cherché d'autres motifs de cette distinction que l'on trouvait dans les statuts urbains et avec les motifs élevés que l'on en donnait on s'est trouvé amené à voir l'origine de la distinction dans les antiquités mêmes du droit des Germains. L'auteur des très intéressants « *Abhandlungen* » sur le droit de Lübeck, Pauli (3), a cru pouvoir écrire : « Es scheint mir der Grund (de la distinction) hauptsächlich in einer tief im germanischen Leben ruhenden Ansicht zu liegen, dass der Einzelne, nur mit dem durch eigene Kraft und Thätigkeit Erworbenem frei nach Gutdünken schalten und walten dürfe, dagegen das ihm ohne sein zuthun durch die von einer höheren Hand geordneten Verhältnisse und in Folge des vom Volksrechte bestimmten Erbgangs Zugefallene als ein *geliehenes* gut zwar zu benutzen, dagegen nicht anderweit darüber nach Willkühr zuverfügen befugt sei, sondern es, wie er es selbst überkommen, auch seinerseits wieder dem Erbgang überlassen müsse. »

(1) Cf. notre distinction française des acquêts et des propres.

(2) Cf. Brentano, *Die Entwicklung des Erbrechts*. Dans la collection d'articles déjà cités réunis sous le titre *Ueber Anerbengerrecht und Grundeigentum*, p. 20.

(3) T. I, p. 13 et seq.

C'est en effet une idée bien humaine (1) que de mettre à part dans un patrimoine les éléments acquis par le travail du titulaire actuel, et ceux qui provenant de l'activité de ses ancêtres, constituent entre ses mains une sorte de dépôt qu'il se sent appelé à transmettre à d'autres plutôt augmenté que diminué. Les parents, même ceux qui ne possèdent pas le bien, éprouvent à l'égard de celui-ci une sorte d'affection. Actuellement encore dans notre pays quand par le jeu des dévolutions successorales un bien provenant d'ancêtres passe dans une famille étrangère, ne voit-on pas poindre chez les descendants de ces ancêtres comme un sentiment hostile qui est fait pour une bonne part d'affections froissées.

Que le sens de la distinction ait ses racines profondes dans la conscience germanique on ne saurait le nier. On trouve le départ de la « terra aviatica » et des « comparata » dans des sources diverses, lois (2), formules, documents. Mais jamais la distinction n'est faite en matière de Beispruchsrecht ; jamais on ne trouve une allusion à la limitation de ce Beispruchsrecht à la catégorie des biens acquis par succession (Erbgüter). Elle n'apparaît qu'au moyen âge et principalement dans les villes (3).

Nous en voyons la première trace dans le Wormser Dienstrecht de 1024 (4). Le Sachsenspiegel l'ignore encore (5), sans que l'on puisse conclure à un oubli de sa

(1) Les Romains ne semblent l'avoir éprouvée qu'à un moindre degré que les Francs. Il y a cependant dans les *Sentences* de Paul, 3, IV, § 7, une formule d'interdiction bien caractéristique.

(2) Distinction connue de la loi des Ripuaires, titre LVI, duquel il convient de rapprocher le titre LXII de la *lex Salica emendata*.

(3) Cf. Beseler, *Erbverksäge*, t. III, p. 6, note 8 ; Gerber, *Meditationes*, p. 5 ; Fipper, pp. 47-51.

(4) Gerber, § 73, note 11 ; Stobbe, § 117, note 59 ; Gerber, *Meditationes*, loc. cit. ; Eichhorn, *Rechtsgeschichte* (5^e édition, Göttingue, 1843), p. 643, note g, p. 644, note i ; Fipper, p. 48.

(5) Gerber, *Meditationes*, p. 5 ; Stobbe-Lehmann, *loco citato* ; Zim-

part. Il lui eût été facile de faire la distinction dans notre passage I § 52-1, — là où il la fait ailleurs dans l'article 43, livre II. « Geerbet eigen muz ouch ein man baz behalden, den ein onder gekouft eigen oder gegeben (1). » Ainsi, lorsque le Sachsenspiegel veut distinguer le bien acquis des biens transmis par succession, il se sert du mot « eigen » et d'un participe pris adjectivement « geerbet eigen » par opposition à « gekauft eigen ». Le mot eigen employé seul désigne, quoi qu'en dise Pauli, un immeuble en général (2). A la fin du XIII^e siècle le Schwabenpiegel ne connaît pas davantage la distinction.

Cependant elle était née déjà (3) et s'était développée surtout dans les villes du Nord de l'Allemagne faisant partie de la Hanse (4). Le statut de Lübeck de 1235 (5) était ainsi conçu : « Vir liberum arbitrium habet impignorandi, vendendi, dandi, cuicumque vult, proprietates sibi *conquisitarum facultatum*. Hereditaria bona. i. e. Torfach

merle, p. 105 ; Haltaus, *Glossarium*, p. 282 ; Fipper, p. 48 et seq., p. 98 ; Homeyer, *Ueber die Heimath nach altdeutschen Rechte, insbesondere über das Hantgemal*, p. 54.

(1) C'est plutôt un conseil que la constatation d'un principe de droit formel en ce sens.

(2) Cf. Sachsenspiegel, I, 31. Opposition avec *varnde habe* (allemand moderne : *fahrende ou bewegliche habe*) : biens meubles. — *Contrà*, Gaupp, *Das Schlesische Landrecht*, pp. 98 à 114, notamment p. 105. — Cf. Zimmerle, p. 105.

(3) Dans la région saxonne on en avait conscience à la fin du XII^e siècle en matière de Hofrecht, mais la question faisait encore difficulté. — Cf. document de l'abbé Widukind de Gorvey de l'année 1190 dans Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I Aufl. § 446 anm.

(4) Heusler, II, p. 58.

(5) Zimmerle, p. 184 ; Wesphalen, *Monumenta inedita*, III, p. 620 ; Pauli, p. 16. Pour cet auteur, la fin de notre texte ne permettrait pas de faire la distinction en raison des sens multiples des mots « bona hereditaria » dans les sources du Droit de Lübeck. C'est la comparaison avec le début du passage qui permet de donner une solution ferme en faveur de la distinction (p. 23).

Eigen nemo potest impignorare vel dare sine heredum conniventia. »

Les statuts de Stade (1279, II, 18) (1) de Hambourg (1270, I, 8 (2)) contiennent des dispositions analogues. Le Sächsische Weichbildrecht formé d'éléments divers, entre autres et principalement du droit de Magdebourg et du Sachsenspiegel (3) s'exprime en ces termes. Art. 29 : « Ob ein Mann sein Eigen vergeben will — so frage (er), Wie er sein Eigen vergeben soll — so findet man ; mit der Erbenlaub, ob es Erb oder gabhafft Guth ist, das ist, dass es nicht unbeerbet oder ungabhafft Guth sey, also dass ers gekauffet habe um sein Geld, denn so mag er es geben, wem er will ohn jemandes Widerspruch. » Le « Rechtsbuch nach Distinktionen », fréquemment appelé « Vermehrter Sachsenspiegel », ce qui est une indication suffisante de son contenu, donnait dans la deuxième moitié du XIV^e siècle la solution suivante I, 38, s. : « Man en mag kein erbeguth gelosin one erbin glubde sonder czu leibes noth in landrechte und in Wichbilde (4), man en magis auch wedir verkewffen noch verkummern ane erbis gelobde. »

D'ailleurs la notion d'Erbgut est dans le droit de certaines villes très large. Tout bien acquis par succession d'un parent ou d'un collatéral a cette qualité (5). La dévolution successorale testamentaire qui n'a pas fait que confirmer simplement la dévolution *ab intestat* ne peut pas toutefois donner naissance à un Erbgut (6). Sont

(1) Senckenberg, H., C. *Selecta juris et historiarum* (Frank.-a.-M., 1734-1742), t. 6, p. 310.

(2) Zimmerle, p. 184.

(3) Ce sächsisches Weichbild a eu une grande importance pratique ; il fut pourvu d'une glose et traduit en latin, en tchèque et en polonais. Cf. Schröder, p. 668.

(4) C'est avec le Sachsenspiegel un des éléments de notre coutumier.

(5) Stobbe, p. 468 ; Pauli, p. 48 et seq.

(6) Un bien acquis de cette manière d'un étranger ne constituerait

Erbgüter les biens donnés à titre de dot (1) ou ceux attribués à la suite d'un partage de succession ou d'une opération considérée comme telle (2). Erbgüter également les soultes assignées aux cohéritiers sur les Erbgüter mêmes (3). Ce qu'un époux héritait de l'autre constituait un Erbgut (4). La question ne pouvait pas se poser pour les législations qui excluaient les femmes de la succession immobilière. Elle ne se posait pas davantage pour le « Sachsenspiegel » et les coutumiers qui adoptaient le même régime de biens entre époux que lui. Le régime des biens devait se modeler sur les rigueurs du Beispruchsrecht, en épouser en quelque sorte tous les contours. La rigueur du Beispruchsrecht saxon empêchait relativement aux biens soumis à son empire toute attribution légale faite par l'un des époux à l'autre (5). Il en allait autrement des droits qui comme celui des villes donnaient à la veuve survivante un tiers de la succession de l'époux prémourant ou qui, comme en Westphalie, laissaient le survivant des époux quel qu'il fût, recueillir à titre successoral une quote part de la succession du *de cuius* sans que, ici comme là, on ait excepté les immeubles. Ces immeubles prenaient la qualité d'Erbgüter (6) et non seulement les acquêts mais aussi les biens faisant partie d'apports. Toutefois une objection était possible. Ce bien ayant acquis la qualité d'Erbgut ne l'avait que *pro formâ*, en fait il était de libre aliénation, car les parents du prédécédé

pas un Erbgut pas plus que celui acquis d'un parent dont on ne serait pas l'héritier présomptif. Stobbe, p. 468.

(1) Pauli, p. 76.

(2) Étaient « Erbgüter » les biens obtenus par les enfants du parent binube dans le partage fait avec celui-ci lors de son remariage.

(3) Pauli, pp. 29 et 39 ; Zimmerle, p. 189, note 24.

(4) Pauli, p. 78 et seq. ; Zimmerle, p. 187.

(5) Il y avait une exception en faveur du mari. Cf. *suprà*, p. 73.

(6) Stobbe-Lehmann, p. 468 ; Pauli, p. 78 et seq. ; Zimmerle, p. 187.

n'avaient pas à intervenir aux aliénations, le bien étant sorti de leur famille ; quant aux parents du survivant, ils n'avaient pas davantage à intervenir, le bien ne provenait pas de leurs ancêtres, à leur égard il n'avait pas le caractère d'un bien de famille. Mais le principe que les parents n'ont le droit d'intervenir aux aliénations d'Erbgüter qu'autant que ces biens proviennent de leur famille n'est pas prouvé. Pauli donne un exemple décisif du contraire (1). Aux aliénations d'Erbgüter provenant de la ligne paternelle avaient droit de figurer les parents de la ligne maternelle et réciproquement (2).

La rente qui dans un patrimoine venait remplacer un Erbgut aliéné prenait la qualité de cet immeuble (3). *Quid* des rentes ayant une autre origine, par exemple de celle provenant de l'aliénation d'un acquêt ? Lorsqu'une semblable rente avait été transmise par succession, devenait-elle Erbgut ? En faveur de l'affirmative les bonnes raisons ne manquaient pas (4). On les assimilait aux immeubles, leur transmission s'opérait à l'aide de l'« Auflassung » comme celle des immeubles (à Lübeck il fallait pour cette rente une inscription dans l'Ober-Stadtbuch, où les aliénations se trouvaient consignées) (5). Ces rentes du rent être immobilières tant que leur irrachetabilité fut de règle (6). Il semble qu'avec la rachetabilité ces rentes

(1) P. 92.

(2) Il est à remarquer que dans le droit de Lübeck la qualité du bien dépendait dans certains cas des parties elles-mêmes. Cf. le contrat de 1299 de l'*Ober-Stadtbuch* de Lübeck cité par Pauli, p. 192 ; Zimmerle, p. 190.

(3) Pauli, pp. 30-32 ; Zimmerle, p. 189.

(4) Pauli, p. 32.

(5) Sur la distinction de l'Ober-Stadtbuch et du Nieder-Stadtbuch de Lübeck. Cf. Pauli, introduction, p. 5. L'originalité de l'ouvrage de Pauli consiste principalement dans l'emploi de ces documents jusqu'alors inédits.

(6) Pauli, p. 34 ; Zimmerle, p. 189.

aient perdu leur caractère immobilier (1), du moins en général (2). Quant aux meubles, ils se trouvaient alors franchement aliénables (3). « Und wie wäre es auch denkbar, dass in einer aufblühenden Handelsstadt (Lübeck) eine ursprüngliche Beschränkung der freien Verfügungsfähigkeit über das Vermögen eine weitere Ausdehnung sollte erhalten haben, und zumal eine solche (4). » Notre observation a cependant son importance ; nous verrons que dans la suite du temps à Lübeck on-s'ingénia à attribuer aux meubles le caractère d'Erbgüter, ce qui n'est pas un des aspects les moins intéressants de cette originale institution de l'Erbgut lübeckois.

Les statuts d'autres villes avaient donné à la notion d'Erblegut une moindre extension. Etaient Erbgüter les seuls biens provenant de successions d'ascendants (5). Mais cette limitation appartient à une époque ultérieure de l'évolution de l'Erbgut. Ailleurs, on allait plus loin encore. Un statut de la ville de Gand de l'année 1192 (6) montre que toute l'institution était supprimée dès cette époque et le statut en fait remonter l'hommage à l'esprit de liberté qui règne dans la ville. Ailleurs, l'abolition ne date que du XIII^e siècle (7). Le mouvement ne paraissait pas devoir se cantonner dans les Stadtrechte, il gagnait les Landrechte. Très curieuses sont les variations offertes par l'Österreichische Landrecht dans ses 2 rédactions faites vraisemblablement à 30 ans d'intervalle (8). Il y a un courant très puissant

(1) Pauli, p. 37 ; Zimmerle, *loc. cit.*

(2) Zimmerle, *loc. cit.*

(3) Zimmerle, p. 193.

(4) Pauli, p. 40.

(5) Par exemple à Darmstadt, Zimmerle, p. 190, note 29.

(6) § 19. Warnkönig, *Flandrische Staats-und Rechtsgeschichte*, 1835, 42, II, 2, p. 16.

(7) Metz par exemple.

(8) Schröder, pp. 662 et 663. La première rédaction contient cette

dans le sens de la liberté des biens. Le Sachsenspiegel ne répondait peut-être plus exactement au droit de son époque. Ses interprétateurs limitèrent aux Erbgüter les dispositions extensives de son article 52, § 1, livre I^{er} (1). On trouve une semblable limitation dans les Rechtsbücher qui s'inspirent de lui même dans ceux composés peu après son apparition (2).

Enfin les constitutions d'Auguste de Saxe de 1572 qui ont joué un rôle si important dans l'évolution du droit saxon reconnaissaient formellement l'exactitude des modifications que l'on avait fait subir au Sachsenspiegel (3).

Le sens des mots s'était modifié ; le terme « eigen » qui dans le Rechtsbuch d'Ekke de Reppichau désignait un immeuble (4), désigne désormais un bien transmis par succession ; sa signification se rapproche de celle de notre mot « propre ».

Cet affaiblissement du Beispruchsrecht primitif n'était que le premier pas dans la voie d'une évolution plus complète. Nous avons vu (5) que sous le régime rigoureux du Beispruchsrecht, dans un cas au moins, une dérogation importante avait été apportée à la nécessité du concours des héritiers aux aliénations immobilières. C'était celle de l'« echte Noth ». Cette exception fut le point de départ (6)

disposition très curieuse, que tout acquêt devient Erbgut à l'expiration de l'an et jour. Cf. Stobbe, p. 469 ; Zimmerle, p. 192. Ces deux auteurs citent également d'après Richthofen (*Friesische Rechtsquellen*), p. 566, § 17 une coutume frisonne de 1466.

(1) Cf. la glose citée par Zimmerle, p. 188, note 22.

(2) Zimmerle, p. 492 et note 36.

(3) Consti, *electo Sax.* 12, P. II.

(4) Cf. *suprà*, p. 76, note 2.

(5) Cf. *suprà*, p. 71.

(6) Püfendorf, *Observationes juris universi quibus præcipue res judicatæ summi tribunalis regii et electoralis continentur* (Hannoveranæ, 1756), *Observat.* XV, t. III.

d'un mouvement hostile au vieux Beispruchsrecht qu'elle tendit à supplanter. L'exception devint la règle (1). Dans les pays où le Beispruchsrecht s'était concentré sur les Erb-güter, l'exception de l'« echte Noth » contribuait à annihiler la règle déjà mutilée (2).

(1) Zimmerle, p. 322 ; Heusler, II, p. 60.

(2) Pauli, p. 125.

CHAPITRE III

DU RETRAIT LIGNAGER.

Ailleurs l'exception de l' « echte Noth » se développa sous la forme d'une institution indépendante ; elle devint le retrait lignager (*retractus gentilius*, *Erblosung*). Dans tous les cas où le propriétaire voulait aliéner son bien, il devait au préalable l'offrir à son héritier le plus proche ; à défaut l'héritier était en droit de réclamer pour lui-même à l'acquéreur l'immeuble aliéné, mais il n'avait ce droit qu'en remboursant à celui-ci tous les frais occasionnés par l'aliénation. Avec la réception du droit romain on eut la ressource d'habiller l'institution à la romaine (1), le suprême honneur et aussi la suprême garantie que pût avoir une institution pour être respectée des juristes ; mais il n'en sortait pas moins du mouvement continu qui tendait à libérer la propriété des entraves familiales. A Naumbourg dès 1307, l'évêque Henri supprimait le *Beispruchrecht* en le remplaçant par un simple droit de préemption (2). Les motifs de l'innovation sont des plus caractéristiques (3) : « Das die hufen in der Probstey verwüstet sindt und dye Leuthe vor Armet von einer gewonnenhey

(1) On invoqua la loi 3 au Code (IV, 66), *de jure emphyteuticario*, la loi Un., Code XI, 55, la constitution de Frédéric II : V Feud. 13 (*Monumenta Germaniæ historica*, IV, 332) et surtout la fameuse loi 14 au Code (IV, 38), *de contrahenda emptione*, sur laquelle Cujas s'appuyait déjà pour fortifier le retrait lignager aux yeux de ses contemporains.

(2) Zimmerle, p. 192.

(3) Cf. Zimmerle, d'après Haltaus, p. 192 et p. 234, et les autres sources citées à la note 14, p. 235, notamment le Statut de Fribourg-en-Brisgau, de 1520.

wegen die lange Zeit gestonden hat. » Enfin le pas décisif fut fait. A défaut d'offre l'héritier fut autorisé à réclamer la chose dans le délai d'an et jour, moyennant remboursement des prestations (1) ; le retrait se dégageait dès lors nettement du droit de préemption. Tout semblait se coaliser contre le droit des héritiers ; les modifications apportées au régime des biens entre époux devaient exercer une influence fâcheuse sur le régime des biens de famille eux-mêmes. Au système égoïste de la « Gütereinheit » n'étalissant entre le patrimoine de chaque époux que les liens d'une administration commune confiée au mari (2) se substituaient dans certaines parties de l'Allemagne les formes diverses des régimes de communauté. Les immeubles étaient désormais attirés dans le cercle des intérêts pécuniaires communs des époux ; ils se trouvaient par là même soustraits à l'action des proches.

A la fin du XV^e siècle un autre coup fâcheux était porté au droit des héritiers par la réception du droit romain (3). La notion de la propriété libre et individuelle qu'il apportait ne pouvait qu'être défavorable au Beispruchsrecht que le droit germanique lui-même par sa propre évolution avait déjà fortement réduit. Le Beispruchsrecht transformé ne disparut pas, mais il demeura sans vie en dépit des motifs nouveaux à l'aide desquels on chercha à le justifier.

Nous avons vu comment le Beispruchsrecht s'était transformé en retrait. Ce Beispruchsrecht dégénéré vit également limiter son champ d'application. Comme le Bei-

(1) Gerber, § 179, note 2 ; Stobbe, p. 495.

(2) Cpr. Appendice I.

(3) Le droit romain n'avait jamais cessé de jouer un rôle important en Allemagne ; les empereurs se considéraient comme successeurs des Césars, mais ce rôle s'accrut au XV^e siècle, notamment à la suite de la Reichskammergerichtsordnung de 1495.

spruchsrecht lui-même, le retrait ne s'appliqua plus en général qu'aux Erbgüter (1). Sous cette forme modeste, il se fit mieux accepter des juristes alors fortement romanisés. On croyait au surplus trouver dans le Corpus (2) lui-même des points d'appui pour l'institution. Ailleurs, il est vrai, tous les immeubles se trouvaient tacitement ou même expressément soumis au retrait, sans distinction entre les propres et les acquêts (3).

En conformité à la tradition historique on n'accordait dans certaines régions le retrait qu'au plus proche parent lors de l'aliénation (4), ailleurs les plus proches parents n'avaient qu'un droit de préférence; à défaut d'exercice de leur droit les parents plus éloignés étaient qualifiés pour exercer le leur. Ce droit n'était pas accordé à tous les parents éloignés de l'acquéreur indifféremment. A Cologne (5) par exemple n'étaient en droit d'exercer le retrait que les descendants du premier acquéreur; ces législations, souchères quant au retrait étaient, il est vrai, peu nombreuses. C'était un moyen de restreindre une institution envisagée avec défaveur. L'on se montrait en général moins rigoureux sans adopter cependant une déci-

(1) Zimmerle, p. 254; Gerber, § 179, *ad notam* 4 et *Meditationes*, p. 5 *in fine*; Stobbe-Lehmann, p. 495, c'est-à-dire aux biens transmis par les parents et les grands-parents. Püfendorf, IV, p. 103 et les autres sources citées par Stobbe, § 120, note 5. Cf. Landrecht prussien, II, 4, § 227 et seq. notamment 231. Sont Erbgüter et comme tels soumis à l'Erblosung les biens qui « wenigstens schon von zwei Mitgliedern der Familie nach einander, der gegenwärtige Veräußerer ungerechnet, besessen worden ».

(2) Cf. *suprà*, p. 83.

(3) *Jus culmense*, IV, 61; Codex Max-Bav., IV, 5, § 8, n° 4, et les sources citées par Stobbe, § 129, *ad notam* 3.

(4) Cf. Gerber, § 179, *ad notam* 3; Heusler, II, p. 63; Stobbe, p. 496.

(5) Kölnisches Landrecht, XV, § 2. Loi de 1789, § 4. Cf. sur d'autres localités possédant une législation restrictive analogue, Stobbe-Lehmann, § 120, note 9.

sion uniforme. Le cercle des ayants droit était tantôt plus large, tantôt plus étroit (1) ; les solutions données à ce point de vue par les diverses législations particulières rappelaient dans leurs conséquences pratiques la variété des résultats que produisaient chez nous en cette matière les coutumes de côté et ligne ou de simple côté (2). Les enfants n'étaient que rarement exclus du droit d'exercer le retrait. Entre parents de degrés inégaux, c'était la proximité du degré qui décidait de la priorité dans l'exercice de l'action en retrait ; entre parents de même degré, c'était la diligence ou le sort selon les régions (3).

Le retrait avait perdu la largeur d'application du *Beispruchsrecht* non seulement relativement aux biens, mais aussi relativement aux actes à l'occasion desquels on pouvait l'exercer. Ne tombaient sous son empire que les ventes d'immeubles ou les dations en paiement d'immeubles (4). La raison de cette transformation doit, selon toute vraisemblance, être attribuée à l'origine même du retrait. Il provenait de l'oblation préalable aux proches en cas d'« echte Noth » ; il était né sur le terrain des aliénations à titre onéreux, ce fut sur ce terrain qu'il se développa (5). C'était dans cette hypothèse seulement que la personne de l'acquéreur était indifférente à l'aliénateur, sans parler de la possibilité du transfert des obligations du retrayé au retrayant. Ce n'est pas réfuter cette argumentation que de dire comme Heusler que le retrait n'a pas été organisé dans l'intérêt de l'aliénateur, que l'institution ne tient pas compte des intentions de celui-ci,

(1) Stobbe-Lehmann, § 120, note 10.

(2) Cf. pour les exemples Walch, *Das Näherrecht*, 3^e édition, Iena, 1795.

(3) Cf. Stobbe-Lehmann, p. 497 ; Heusler, II, pp. 63 et 64.

(4) Stobbe-Lehmann, p. 485 et seq.

(5) Heusler, II, p. 64.

qu'elle ne s'inquiète que des seuls intérêts du retrayant et de la famille par lui représentée. La vérité est que le retrait est une institution mixte comme son origine même le prouve, il tient compte de l'intérêt de l'aliénateur, en donnant au propriétaire toute la liberté qu'il peut avoir en considération d'un 2^e intérêt qui est celui de la famille. L'explication de Stobbe n'est pas, ainsi que l'a cru Heusler, antinomique à la sienne, elles se complètent bien plutôt l'une l'autre. Heusler a finement deviné les origines de ces restrictions du retrait, Stobbe les raisons de leur persistance. Le retrait était une étape, un moyen terme entre 2 solutions extrêmes, « on avait coupé la paille en deux ».

Ainsi limité à l'acte économique par excellence, la vente, sans empiéter sur les actes provenant d'intentions libérales (1), le retrait semblait manifester à l'égard de la volonté humaine un respect suffisant. Un acheteur en vaut un autre, le principal était que ceux avec lesquels l'aliénateur contractait pour des motifs désintéressés ne se vissent pas frustrés de l'attribution qui leur était faite. Cependant, cette réserve était elle-même insuffisante. L'institution ne se recommandait plus que pour des raisons de sentiment ; elle servait à maintenir les biens dans les familles ; à ce point de vue, elle pouvait se soutenir. Elle était fondée sur la raison du sang et cette raison est des plus respectables.

Elle était d'autre part tout à fait défavorable à la liberté du commerce, qui consiste à laisser chacun libre d'aliéner son bien à qui bon lui semble. Aussi cette 2^e considéra-

(1) La vente amicale (*Freundschaftskauf*), c'est-à-dire celle faite à un prix modéré en considération de la personne du vendeur, se trouvait elle-même soustraite au retrait. Cf. Pufendorf, *Observationes juris universi quibus præcique res judicatæ summi tribunalis regii et electoralis existimantur*, Hannoveranæ, 1756, obs. 40, § 6.

tion poussa-t-elle à réduire le vieux délai d'an et jour. Cela conduisit à un certain arbitraire (1) en la matière ; elle perdait sur ce point comme sur beaucoup d'autres la simplicité qui avait fait sa force et la sécurité du commerce n'y gagnait point, l'arbitraire qui régnait dans la désignation des ayants droit, l'infinie variété des solutions des statuts locaux sur la question, tout cela et d'autres causes encore donnaient, comme l'a dit Heusler, l'impression que « l'institution ne se développait pas librement en vertu d'une nécessité interne, mais qu'elle ne faisait que traîner une existence artificielle ». Aussi se trouvait-elle mûre pour l'abolition (2).

Elle se réalisa ici plus tôt, ici plus tard. Au XVI^e et au XVII^e siècles on rencontre quelques suppressions isolées, mais ce fut surtout sous la poussée des idées modernes que le retrait céda. L'influence française joua aussi son rôle à ce point de vue. Dès 1793 tous les retraits se trouvaient abolis dans les pays situés sur la rive gauche du Rhin (3) ; dans le grand-duché de Hesse une ordonnance du 15 mai 1812 les supprimait également (4). Le Landrecht prussien maintenait encore un nombre considérable de

(1) Heusler est particulièrement dur pour les modifications apportées à cet égard : « Auch der Termin für Ausübung des Retractrechts (ursprünglich im Anschluss an das alte Recht correct Jahr und Tag) ist partikularrechtlicher Principlosigkeit zur Beute geworden, welche die mannigfaltigsten Termine aufgestellt hatte », II, p. 64, Stobbe-Lehmann, p. 119, note 44 et seq.

(2) Renaud, Zur Lehre vom Nâherrechte insbesondere von der Erblosung nach gemeinem Rechte (*Zeitschrift für deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, VIII, p. 249).

Peut-être plus théorique que pratique, la Schlesw.-Holst Verordnung de 1794 (dans Renaud) énumère les désavantages des retraits, affaiblissement de la liberté de disposer du propriétaire et par là de l'esprit d'entreprise, entretien par contre de l'esprit de lucre, conflits fréquents et procès ruineux entre « Blutsfreunden ».

(3) Maurenbrecher, *Rheinpreussische Landrechte*, II, p. 193.

(4) Gerber, § 179, note 14.

retraits, entre autres le retrait lignager. Celui-ci ne résista pas au mouvement de réforme de la législation Stein-Hardenberg. L'édit du 9 octobre 1807, III, le supprimait (1). En Bavière les divers retraits qui auraient pu subsister à la suite des diverses lois abolitives émises au cours du siècle ont été supprimés en bloc par la loi du 10 novembre 1861 (2). Dans le duché de Bade la loi du 21 juillet 1839 a supprimé tous les retraits, y compris celui que le paragraphe 577 ch. du Landrecht badois avait établi en matière de Stammgüter.

La dernière loi sur la matière est probablement la loi prussienne du 24 décembre 1872 qui supprime dans la province de Hanovre les retraits encore existants (3). Le nouveau Code n'a eu garde de ressusciter une institution morte. Il connaît toutefois le retrait successoral dont il a eu la sagesse de limiter l'exercice dans un délai très court (4).

(1) Stobbe-Lehmann, p. 477.

(2) Roth, *Bayrisches Civilrecht*, II, Tübingen, 1872, p. 185, notes 10 et 11. Se trouvent réservés toutefois le retrait résultant du droit de préemption et celui compétant à chaque membre d'une association en cas de vente de la part d'un associé à un étranger.

(3) Sauf une exception contenue au paragraphe 3 sur laquelle nous reviendrons, cf. *infra*, p. 126. Quant à la suppression des retraits chez les petits et les « infiniment petits », cf. Stobbe-Lehmann, p. 478. A Gotha le retrait lignager est aboli depuis 1781.

(4) Art. 1024. — Indépendamment de ce retrait le Code organise deux droits de préemption conventionnels, l'un personnel (594), l'autre réel (1094).

CHAPITRE IV

DES « ERBGÜTER ».

L'empire du retrait quoique de beaucoup le plus étendu n'était cependant pas absolu en Allemagne. Le Beispruchsrecht n'avait pas subi partout d'aussi fortes atteintes que celles dont le retrait était l'expression. Au Nord la vieille institution s'était maintenue quoique bien anémiée, mais du moins n'était-il pas impossible de la reconnaître sous les traits émaciés de l'Erbgut lübeckois ou hambourgeois.

Le Beispruchsrecht tel que nous l'avons décrit avait lui-même subi dans les villes de la Hanse une déviation curieuse. Il ne s'appliquait plus seulement aux immeubles. Par contre le droit de l'héritier avait perdu en force ce qu'il gagnait en étendue. Tout d'abord, la vente seule se trouvait soumise à son contrôle qu'il n'exerçait plus d'ailleurs que sous la forme d'un simple droit de préemption.

Les nécessités du commerce firent faire un pas de plus, les Erbgüter eux-mêmes devinrent librement aliénables (1). La liberté de disposition entre vifs se trouvait désormais complète sur tous les biens, mais la valeur totale de la fortune acquise des parents consistât-elle en meubles, devait être transmise intégralement au plus proche héritier, à moins qu'il ne consentit à la disposition qui diminuait ses droits. Ainsi se développa une limitation de la liberté de tester et une légitime d'un caractère spécial. A quelle époque cette transformation eut-elle lieu ? Pour les uns (2) dès le XVI^e siècle, pour les autres (3)

(1) Cf. Stobbe, § 196 ; Zimmerle, p. 259.

(2) Zimmerle, pp. 258 et 259.

(3) Pauli, p. 192.

au XVIII^e siècle seulement, quoique les éléments en existassent depuis l'époque où la propriété mobilière avait gagné (1) dans le patrimoine des particuliers l'importance que la fortune immobilière y avait perdue. Cet élément n'avait plus droit à un traitement de faveur par rapport aux meubles; les meubles furent assimilés aux immeubles, mais l'assimilation se fit dans le sens qui convenait le mieux aux visées aristocratiques des familles de ces villes. On ne rabaissa pas les immeubles provenant d'ancêtres à la condition des meubles, ayant la même origine, mais on éleva ceux-ci à la condition de ceux-là. La déclaration du Sénat de Lübeck du 24 avril 1754 (2) ne faisait que reconnaître l'état du droit existant lorsqu'elle s'exprimait en ces termes : « Dass unter dem Erbgute, welches nach lübischen Rechte bei dem Erbgang bleiben muss, alle unbewegliche und *bewegliche*, folglich auch die baar vorhandenen und ausstehenden Gelder... verstanden werden, auch dieses *die tägliche Praxis* seit *undenklichen Jahren* ausser allen Widerspruch gesetzt.. »

L'ancien Beispruchsrecht n'avait pas subi partout des modifications aussi considérables que dans les anciennes villes hanséatiques citées. Une ville qui avait fait partie de la Hanse, Stade, avait conservé plus intacte la vieille institution encore au début de la deuxième moitié de notre siècle. Tous les actes de disposition même entre vifs sur les Erbgüter n'étaient valables qu'avec le consentement des héritiers. C'était l'antique principe qui s'était maintenu à ce point de vue; toutefois la notion de l'Erbgut avait subi des restrictions. N'était Erbgut que le bien transmis deux fois en ligne directe. Le testament ne faisait d'Erbgut que lorsqu'il confirmait la vocation successorale *ab intestat*. Les biens acquis en dot étaient Erbgü-

(1) Pauli, p. 193.

(2) Zimmerle, p. 260; Pauli, p. 181.

ter, s'ils constituaient une prélibation de succession. Par contre le bien provenant de la succession d'un époux n'avait plus cette qualité (1).

Le droit saxon avait suivi un tout autre développement que le Stadt-Recht des villes du Nord. L'interprétation donnée au Sachsenspiegel par la Constitution XII d'Auguste de Saxe (2), aux termes de laquelle n'étaient soumis au Beispruchsrecht que les Stammgüter, fut maintenue. Le Beispruchsrecht était limité aux actes entre vifs et encore tous les actes entre vifs n'y étaient pas soumis ; à l'égard des ventes (3) il revêtait la forme d'un retrait, à l'égard des libéralités (4), la forme d'une action en révocation. C'étaient les seuls actes entre vifs soumis à ce Beispruchsrecht, les actes de dernière volonté y échappaient (5). Les enfants ne pouvaient pas faire valoir ce Beispruchsrecht les uns à l'égard des autres, à propos de libéralités à eux faites sur les Stammgüter, ce qui donnait une grande latitude au père de famille dans la répartition de ses biens (6).

Dès avant la mise en vigueur du Code civil Saxon (1863), ces dispositions étaient tombées en désuétude (7).

L'institution des Erbgüter était une institution sans vie ; elle succombait sous l'action du temps. Zimmerle (8) qui écrivait en 1857 terminait l'examen des Stammgüter par les paroles prophétiques suivantes : « Ohne Beimischung

(1) Cf. Zimmerle, p. 261-262 et le jugement de l'Obertribunal de Celle (Cour suprême de l'ancien royaume de Hanovre) cité à la note 12, p. 231.

(2) Cf. *suprà*, p. 81.

(3) Const. 31, P. II.

(4) Const. 12, P. II.

(5) Const. 11, P. II.

(6) Zimmerle, p. 361 ; Stobbe-Lehmann, § 196, note 3.

(7) Schmidt, *Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht*, Leipzig, 1869, § 117, *Vor-und Wiederkaufsrecht*, p. 430.

(8) P. 263.

neuerer und Verschmelzung mit fremden Rechtsprinzipien, wie sie zu dem Stammgut des Adels und den Familienfideikommissen hinzutraten, hat er aber auch sein Leben verloren. In ihm ruht kein Princip, dass Stärke genug besässe, den nahenden Untergang abzuwenden. »

Les Erbgüter ont successivement disparu ; à Brême c'était chose faite à l'époque où écrivait Zimmerle (1) ; le droit si original de la ville de Lübeck disparaissait lui-même en 1862 (2). Ainsi disparaissait l'institution qui liait la propriété dans l'intérêt de la famille. Là où elle pourrait subsister encore, elle se trouvera anéantie avec l'entrée en vigueur du nouveau Code civil. Celui-ci par son silence consacre sa complète et définitive déchéance.

Il convient de remarquer toutefois que, dans la mesure où la naissance des Stammgüter nobles dépend de leur transmission successorale, il est exact de voir en eux des Erbgüter. C'est à l'étude de ces Stammgüter que nous passons maintenant.

(1) Stobbe, § 196, note 5.

(2) *Erb und Handfeste Ordnung* de 1833. A ce point de vue, l'étude de Wippermann sur les Ganerbschaften contient une erreur, p. 51. Pour Hambourg, loi du 20 février 1861, § 1.

DEUXIÈME PARTIE

DES STAMMGÜTER

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE.

Nous avons vu précédemment comment pour répondre aux exigences du commerce le Beispruchsrecht avait cédé peu à peu. L'œuvre ne s'était pas accomplie en un jour, mais elle avait été poursuivie avec persévérance. Le Beispruchsrecht avait été limité à la matière des Erbgüter, mais il restait lui-même encore intact ; la généralisation d'un cas particulier le fit dégénérer lui aussi en retrait. Sous ces formes diverses, consentement aux aliénations de propres, retrait, le vieux Beispruchsrecht a disparu dans notre siècle.

Parallèlement à cette libération de la propriété immobilière, s'était accomplie une œuvre d'égalité. Les droits de préférence des mâles en matière successorale avaient cédé peu à peu. Le droit successoral est en rapports étroits avec le droit de propriété. A une époque où l'on voyait dans la propriété plutôt une institution de famille il paraissait utile de limiter le nombre de ceux qui pouvaient y prétendre par succession. D'où le privilège de masculinité qui se montre dans les coutumes germaniques ; tant

que les filles n'étaient pas mariées, elles vivaient sous le *mundium* de leurs parents mâles, en communauté avec eux ; en se mariant elles passaient dans une autre maison, sous un autre *mundium*, les allotir en terres eût été porter atteinte à la base même de leur famille. L'exclusion des femmes n'était pas absolue, les mâles ne les primaient en général à la succession sur la terre qu'à degré égal. Seule la loi de Thuringiens donnait la préférence aux agnats sur les filles *usque ad quintam generationem*. Ailleurs les mœurs aggravaient le privilège de masculinité établi par les lois. C'était le cas chez les Alamans (1). Cette inégalité des sexes tendait à disparaître complètement au moyen âge. Le droit ne faisait en cette matière que suivre une évolution dont le point de départ remontait aux *leges Barbarorum* elles-mêmes.

Il semble bien que les Francs Saliens aient tout d'abord exclu les femmes de la succession à toute terre (2). Puis leur droit se départit de sa rigueur primitive ; la *lex emendata* (3) ne maintenait plus la préférence des mâles qu'en matière de biens provenant de succession (4). Les mœurs se trouvaient d'ailleurs encore défavorables à la vieille coutume ainsi restreinte ; l'on testait en faveur

(1) Cf. Stobbe, § 289, texte et note 28.

(2) Cf. Pardessus, *Loi salique*, 1843, *Dissertation*, 14, p. 704 et seq. ; Zimmerle, pp. 265 et 266 ; Beseler, *Erbverträge*, II, 2, pp. 265 et 266 ; Stobbe, V, § 289.

(3) Avant elle l'édit de Chilpéric semble avoir déjà amélioré la situation des filles en présence des commarchani. Cf. Gierke, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. XII, 1876, *Erbrecht und Vicinenrecht*, p. 447 ; Brentano, *Ueber Anerbenrecht*, p. 19 ; Viollet, p. 818 ; Schröder, p. 325 ; Stobbe, § 289, texte et note 24.

(4) On a proposé bien d'autres explications de la *lex emendata*. L'explication donnée au texte a pour elle la concordance avec le chapitre 56, 4 de la loi des Ripuaires. Pardessus dans la dissertation citée faisait remarquer que c'était là la seule manière de donner une origine à la distinction des propres et des acquêts de notre ancien droit ; sinon à quoi la rattacher ?

des filles pour écarter cette « *diuturna sed impia consuetudo* (1) ». Chez les Ripuaires les fils n'excluaient les filles que sur la « *terra aviatica* ». C'était des *leges barbarorum* celle de beaucoup la plus favorable aux femmes, si l'on en excepte la loi des Wisigoths qui, cédant à l'influence romaine, avait aboli en matière successorale tout privilège résultant du sexe (2).

Ce privilège de masculinité se maintenait encore au moyen âge. Le *Sachsenspiegel* (I, a. 17, § 1) préfère le fils aux filles en matière de succession immobilière ; celles-ci n'ont de droit qu'à la Gerade, mais à défaut de fils les filles peuvent prétendre à la succession immobilière (3). Ailleurs que dans la région saxonne, les filles n'ont droit qu'à une dot ou à une part héréditaire plus petite (4). Cette exclusion des filles ou cette réduction de leurs droits portait principalement sur les immeubles.

Le mouvement destructeur en notre matière comme en matière de *Beispruchsrecht* partit des villes (5). Là où les filles n'avaient pas de droits égaux à ceux des fils, du moins devaient-elles recevoir une dot qui fût pour elles l'équivalent d'une part successorale (6). La première solution était de beaucoup la plus fréquente. Ces pensées égalitaires qui trouvaient un aliment puissant dans la vie des

(1) Marculfe, II, 12, dans Rozière, n° 136. *Carta ut filia cum fratres in paterna succedat alode.*

(2) L. Wis., IV, 2, c. 1, c. 5.

(3) Cf. Zimmerle, p. 244.

(4) C'était encore le cas d'après le droit successoral de Zürich de 1716 (la part des fils par rapport à celle des filles étant comme 5 à 4), maintenu par le paragraphe 1902 du Code de Zürich. Cf. Stobbe, § 290, note 36. Cf. d'ailleurs pour la législation de la Suisse, du Tyrol, de la Frise, Stobbe, *loco citato*.

(5) Statuts de Goslar (éd. Göschen), 2, 2 dans lesquels il y a, il est vrai, une forte influence franque et thuringienne. *Dortmunder Stadtrecht* (éd. Frensdorff, 1882), p. 49, c. 5. Cf. Zimmerle, p. 269, texte et note 17 ; Stobbe, § 290.

(6) Stobbe, § 269, texte et note 43.

villes se développaient plus encore sous l'action du droit romain. A la fin du XIII^e siècle, le Schwabenspiegel (1) sous l'impulsion d'idées romaines faisait aux filles une situation analogue à celle des fils. L'évolution était dans ce sens ; le Sachsenspiegel s'attirait, pendant la 2^e moitié du XIV^e siècle, les rigueurs pontificales pour ses solutions anti-égalitaires (2). Sur les instigations du moine Augustin Jean Klenkok, le pape Grégoire XI émettait en 1374 une bulle aux termes de laquelle 14 des articles du Sachsenspiegel étaient condamnés comme hérétiques. L'absence de ces articles dans certains manuscrits prouve que la bulle eut un certain effet (3). Elle n'en aurait pas eu si la décision pontificale n'avait pas trouvé un appui dans les mœurs. Tous les livres de droit qui directement ou indirectement subissent l'influence du Sachsenspiegel ont été modifiés en ce sens.

Ce privilège de masculinité n'existait pas seulement au premier degré. Les coutumes variaient à l'infini à cet égard. Le Sachsenspiegel ne connaissait de privilège de masculinité que pour les 2 premières parentèles. L'évolution s'accomplissait ici encore en faveur de l'égalité des sexes (4).

Cette tendance progressive vers l'égalité successorale des sexes ajoutée à la pratique des partages entre fils, surtout à partir de l'époque (5) où le caractère de fonction de grands fiefs s'effaça pour prendre un caractère plus fer-

(1) C. 14, 8 a und b. Pour la succession à l'*Ansidel*, *vide infra*.

(2) Viollet, p. 826.

(3) Cf. Homeyer, *Johannes Klenkok wider den Sachsenspiegel Ab handl. der Königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, 1855, p. 377 et seq.

(4) Zimmerle, p. 269.

(5) Cf. *suprà*, p. 43, comme d'ailleurs pour tous les développements, je me suis alors placé à un point de vue très général, je ne m'attache ici qu'à ce qu'il est important de connaître sur l'origine des Stammgüter actuels.

mement patrimonial, constituait pour la noblesse un danger vivement senti, contre lequel elle sut réagir.

Elle ne le fit pas d'une façon égale, les moyens dont elle disposait n'étaient pas en effet partout les mêmes (1). La haute noblesse avec des armes plus puissantes sut maintenir plus rapidement et d'une façon plus complète l'assise de sa force matérielle.

Le point de départ de la législation protectrice semble être le même chez la haute et la petite noblesse, à savoir la *Ganerbschaft*. Nous en avons vu l'origine, le développement ou plutôt les déviations ; nous avons constaté le parti que l'on tira de la communauté fictive pour concilier les intérêts contraires et maintenir les biens intacts dans les familles sans faire subir aux idées égalitaires un échec en désaccord avec les mœurs.

L'évolution était de plus en plus dans le sens de la transformation de la communauté fictive en propriété individuelle vinculée. La « *Ganerbschaft* » contenait un danger permanent, elle pouvait mener au partage. Historiquement, elle y avait mené trop souvent. Il parut dans l'intérêt de la race elle-même que l'on mettait au-dessus des intérêts particuliers de ses membres, d'établir un chef de famille désigné par de sévères règles de dévolution successorale, en laissant aux exclus de la jouissance, de sérieux droits d'expectative dont un contrôle incessant de l'administration du chef était apte à maintenir l'efficacité. Les droits d'expectative avec le caractère qu'ils revêtaient tant qu'ils ne se transformaient pas en propriété constituaient l'expression de l'ancienne *Gesammteigentum* des membres de la famille.

Les règles suivies pour la transmission du bien de famille n'étaient pas uniformes ; elles variaient suivant

(1) Rosin, p. 334.

les familles, elles varièrent aussi et surtout suivant les époques. Tantôt ce furent les règles du séniorat, tantôt et principalement à partir du XIV^e siècle et de la Bulle d'or ce furent les règles de la primogéniture. Au XVI^e siècle, apparut la dévolution successorale d'après les règles du majorat. Sous l'empire de la nécessité et d'après le modèle des dispositions législatives étrangères (1) la haute noblesse transformait l'institution du Stammgut. Par là le Stammgut se distinguait de l'Erbgut. L'un et l'autre devaient leur origine à une idée commune, l'idée du bien de famille, l'un et l'autre avaient un caractère identique, limitation du droit du propriétaire ; ils différaient au point de vue des règles de la dévolution successorale. Les Stammgüter se transmettaient de mâle en mâle et ne pouvaient se transmettre que de mâle en mâle ; c'était une règle étrangère aux Erbüter (2).

Quant aux filles on tint leurs prétentions en échec par la pratique des renonciations (3) ; on demeura ainsi fidèle aux vieux principes pour éviter un morcellement du bien de famille qui eût porté atteinte à la considération de la race. A partir du XIII^e siècle il fut d'usage qu'une fille en se mariant renonçât moyennant sa dot à toute prétention sur le bien de famille, tant que seraient aptes à succéder des frères ou des descendants de frères. La renonciation pouvait être plus étendue encore, et les femmes se voir exclues à l'encontre de collatéraux plus éloignés (4). La

(1) Rosin, p. 336.

(2) Von Rössing, *Hannoversche Stammgüter. Inaugural Dissertation Göttingen*, 1895 ; Holtzendorff, *Rechtslexicon*, verbo « Stammgut », article de Franklin.

(3) Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, année 1895, n° 223 ; Zimmerle, p. 270 ; Holtzendorff, *Rechtslexicon*, 3^e édit., t. III, 1^{re} partie, Leipzig, 1881, p. 772, article de Franklin. — Cf. sur la fréquence des *Erbverzichte* des filles nobles, Stobbe, § 343, texte et note 13, § 374 ; Beseler, *Erbverträge*, II, 2, p. 259 et seq., principalement 271.

(4) Zimmerle, p. 274.

validité de semblables renonciations pouvait faire doute ; le principe canonique, aux termes duquel tout *negotium juridicum* imparfait fortifié d'un serment devenait valable, fournit un utile appui (1). Le régime des fiefs qui déclarait les mâles seuls aptes à succéder dut aussi exercer son influence (2). Les cas se répétant il en sortit une coutume, là où la haute noblesse faisant usage de son autonomie n'avait pas consigné cette pratique dans ses « *Hausgesetze* ». La succession agnatique qu'introduisaient ces *Hausgesetze* fut défavorable aux filles ; elles se trouvèrent en général exclues par tous les agnats alors qu'autrefois elles pouvaient venir à la succession à défaut des plus proches collatéraux (3).

Les autres classes de la noblesse qui ne disposaient pas de l'autonomie recoururent à d'autres moyens. Le projet de la *Reichsritterschaft* d'établir d'une façon générale des principes analogues à ceux de la haute noblesse dans un statut revêtu de la sanction impériale ne put venir à exécution (4). Il y eut toutefois une observance qui s'appuyait sur des statuts spéciaux que l'organisation corporative de cette *Reichsritterschaft* rendait possible (5). La petite noblesse ne pouvait ériger ses renonciations particulières

(1) C. 2, in *VI de pactis*, I, 18. Cf. Beseler, p. 242. D'ailleurs, comme le fait remarquer cet auteur, il n'y eut pas de règle absolument générale.

(2) Zimmerle, p. 270.

(3) Stobbe, p. 316.

(4) Cf. Beseler, p. 276, texte et note 37 : « *Statutum der freyen Reichs-Ritterschaft deren dreyen Kreysse in Schwaben, Francken und am Rheinstrohm de anno 1653.* » Ce projet est appelé aussi *Geistinger Statut*, Stobbe, § 314, note 25.

(5) Beseler, p. 276 ; Zimmerle, p. 274. D'autres auteurs présentent l'évolution d'une façon différente, ce sont les partisans de l'autonomie de la *Reichsritterschaft*. Maurenbrecher, *Grundsätze*, § 135, p. 227, notes d et e, § 228, p. 436, note d. Au point de vue qui nous occupe, la controverse est sans intérêt.

en règle de droit que par l'intermédiaire de la législation locale (1). N'ayant pas d'organisation corporative, elle n'avait de statuts valables que ceux ayant été confirmés par le souverain. Beseler cite comme exemple de semblable statut celui de la « Ritterschaft des Fürstentums Minden » de 1744. Parfois l'exclusion des filles de la petite noblesse reposait sur une règle législative ; dans leurs détails les lois variaient à cet égard. C'étaient entre autres la Reformierte Landeeordnung pour le comté de Tyrol de 1573 (2), das alte jülische Landrecht, la jülich bergische Rechtsordnung de 1555, la kölnische Rechtsordnung de 1663 (3).

Bien que dans de nombreuses familles le droit fût formel en faveur du privilège de masculinité relativement à la succession aux Stammgüter on n'en continuait pas moins à pratiquer les renonciations contractuelles. A défaut de renonciations effectives on les supposait, on tenait les filles pour ayant renoncé. On pensait par là donner plus de force au privilège absolu de masculinité. On s'assurait ainsi contre les attaques éventuelles des cognats, nullement impossibles, étant donnée la base un peu chancelante de ces règles d'exclusion reposant sur une simple observation et en proie encore aux conceptions mal assurées de la théorie. Indépendamment de cela, chaque renonciation spéciale s'accommodait mieux au cas particulier. Notre régime de communauté légale n'a pas, en effet, exclu les contrats de mariage, les règles sur les renonciations n'excluaient pas davantage les renonciations spéciales (4).

(1) Zimmerle, p. 271. Sa grande ressource réside dans le fidéicommiss, *vide infra*.

(2) Livre 3, titre 34. Cf. Stobbe, § 314, note 26.

(3) Cf. *Fragmente über das salische und ripuarische Successions-system im Ritterstande, besonders am Niederrhein*. Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung Heft, 92.

(4) Cf. Stobbe, § 314 ; Beseler, p. 278 ; Gerber, p. 544 ; Zimmerle, p. 274.

Peut-être l'influence étrangère signalée en matière de Stammgut n'a-t-elle pas été exclusive en cette matière, peut-être trouvait-on dans le droit germanique des points d'appui dont il ne faut pas exagérer l'influence, mais qu'il ne faut pas non plus dédaigner (1). Il est une institution à laquelle nous avons déjà fait allusion et qui doit ici attirer plus longuement notre attention, c'est l'institution que le Schwabenspiegel désigne du nom d'Ansedel, beaucoup plus connue par le Sachsenspiegel (2) et le commentaire qu'en a donné Homeyer (3), avec l'aide de sources juridiques ou autres, sous le nom de Hantgemal (4).

On trouve mentionné ce Hantgemal dans les sources les plus variées dans les documents non juridiques eux-mêmes, on le trouve chez les poètes (Gahmuret dans Parsifal). Les documents où il en est fait mention appartiennent aux époques les plus diverses du IX^e au X^e siècle; on le rencontre au Nord comme au Sud de l'Allemagne.

(1) Rosin, p. 337, texte et note 9 a ; Stobbe, § 294, note 40.

(2) Sachsenspiegel, I, A 51, § 4, III, A 26, III, A 29.

(3) Homeyer, *Ueber die Heimat nach altdeutschem Recht, insbesondere über das Hantgemal*.

(4) Le mot Hantgemal semble avoir désigné tout d'abord la marque distinctive établie par le propriétaire sur sa maison. Du signe l'expression passa à la chose signifiée c'est-à-dire à la chose affectée par excellence du Hantgemal, soit à la maison, au domaine héréditaire. Cf. Schröder, p. 432, *ad notam* 5 ; plus tard à la place de l'Hausmarke apparurent les armes. Ces Hausmarken que l'on rencontre dans d'autres domaines du droit qu'en matière de droits réels (par ex. en Suisse, Valais, Grisons) se sont maintenus jusqu'à nos jours. Cf. Homeyer, p. 87, 88, 89. En 1793 le pasteur Boysen cité par Homeyer écrivait en parlant de l'île de Föhr sur la côte occidentale du Schleswig : « Jedes Haus hat ein besonderes Zeichen, welches als Pertinenz immer beim Hause bleibt und dem jedesmaligen Besitzer zur Bezeichnung seines Viehs dient. » Le signe servait de signature. Cf. sur tous ces points Homeyer, *loco citato* et du même *Haus und Hofmarken*, Berlin, 1870 et avec suppléments, Berlin, 1890. Cf. encore sur le « Hantgemal » : Gengler, *Die altbayerischen Rechtsquellen aus der Vorwittelsbachischen Zeit*, Erlangen und Leipzig, 1889, I, p. 176, texte et note 5.

Le plus souvent il apparaît comme étant un immeuble de marque (1), en la possession de personnes de condition relevée. La qualité de noble du propriétaire n'est pas toutefois nécessaire, le Hantgemal peut appartenir à un individu qui n'a que la seule distinction de la liberté pleine et entière.

De la personne la qualité se transmet au bien ; le Hantgemal est un bien libre et par là il s'oppose aux biens impliqués dans le réseau ténu des relations féodales. Les mots *frey-eigen*, *bona libera* cachent un Hantgemal. Si le Hantgemal est une propriété libre, ce n'est pas toute propriété libre, c'est un domaine seigneurial avec une terre avoisinante de peu d'étendue ; c'est une terre provenant d'ancêtres, c'est un *Stammgut* (2). On en peut rapprocher l'*hereditas aviatica* de la loi ripuaire, la *terra paterna* et l'*alodis genitorum* des formules, l'*alodium* tout court de bien des sources, l'*uodal* ou l'*éthel* (3) des vieux documents germaniques, l'*ansedel* du *Schwabenspiegel*.

Homeyer s'appuyait sur l'*Heliand* et sur la considération de l'importance du Hantgemal pour soutenir la transmission intégrale de ce bien de famille, c'est-à-dire sa transmission indivisible à un membre de la famille, à savoir l'aîné (4).

Il ne nous semble pas qu'il y ait là une nécessité de l'institution ; le Hantgemal remplissait mieux son office en dehors de toute attribution exclusive à un seul ; c'était un bien de famille et il devait rester tel. Que pour les nécessités de l'exploitation de cet immeuble-souche, en géné-

(1) Cf. Homeyer, p. 17 et seq., p. 48.

(2) Einen solchenn, écrit Homeyer, p. 51, kennt das französische, Recht unter den Namen, *capmansus*, *caputmansi*, *chefmets*, *principal manoir*, der Niederrhein in späteren Zeit als « Prinzipalsees ».

(3) Cf. Maurer, *Das Wesen des ältesten Adels der deutschen Stämme*, pp. 198, 199.

(4) Cf. Stobbe, § 299, *ad notam* 49.

ral peu considérable, — son importance était plutôt morale que matérielle, — on l'a confié aux soins d'un administrateur unique, que cet administrateur ait été l'aîné, c'est ce qui est possible (1). Mais il ne semble pas qu'on soit allé au delà. La caractéristique de lois germaniques c'est le privilège de masculinité avec une force variable, ce n'est pas l'ainesse (2). Celle-ci n'apparaît qu'assez tard et sous l'action de contraintes variées, en matière de Lehn et de Hofrecht. Sans doute le Sachsenspiegel connaît en matière allodiale certaines particularités que Homeyer a invoquées à l'appui de sa thèse. C'est ainsi que :

a) L'aîné se voit attribuer le glaive par préciput, liv. 1, art. 22, § 5. « Swò zwêne man oder dri zu eime herwête geborn sîn, der eldere nimt daz swert zu voren, daz andere teilen sie glîche unter sich (3). »

b) Le parent mâle le plus âgé à la tutelle.

Mais on ne saurait conclure de tout cela qu'à un privilège de direction ayant parfois une expression symbolique, on n'en saurait déduire une attribution privative du Hantgemal.

c) Même remarque pour la transmission de l'échevinage et de l'immeuble que l'on suppose attaché à la fonction (4), liv. III, art. 26, § 23 : « Disen stûl erbet der vater ûf sinen eldesten sun ; ab ers sunes niht en hât, sô erbet her in ûf sinen nehsten und den eldesten-ebenburtigen-swertimâc. » De plus nous sommes là en présence d'une fonction dont le caractère devait influencer sur la transmission, d'ailleurs on ne manque pas d'exemples de solutions opposées à celle du Sachsenspiegel (5).

(1) Cf. Heusler, § 51, note 17.

(2) Cf. Schulze, *Erstgeburt*, p. 197.

(3) Cf. Sachs., I, 22, § 7.

(4) Le Sachsenspiegel ne parle pas de cet immeuble et pas davantage le Schwabenspiegel. Homeyer, p. 58, invoque un document de 1518 !

(5) Cf. Schulzer, p. 211.

Au surplus ne pas admettre une propriété exclusive de l'aîné à la suite d'une attribution privative est le seul moyen de reconnaître des droits aux autres membres de la famille (1). Or ces droits de la famille sont indiscutables (2).

La possession de ce Hantgemal produisait des effets juridiques variés, elle était la condition de droits importants qu'il nous faut au moins sommairement mentionner.

Du Hantgemal dépend la condition d'une personne (3). Nous voyons dans Parsifal que (4) Gahmuret, réduit à la portion congrue à la mort de son père, réclame le bénéfice d'un Hantgemal pour pouvoir prouver sa qualité. Un document de 1180 le qualifie de « *prædium libertatis* » (5). C'est le bien d'où une famille noble tire son nom. Le Burg Wettin était le Hantgemal de la famille actuellement régnante de Saxe, le Burg Hohenzollern celui de la famille de rois de Prusse (6).

Ce bien était considéré non seulement comme la source

(1) Cf. Wippermann, p. 22, note 2.

(2) C'est ce que reconnaît Homeyer lui-même, p. 60 et seq. en discutant un passage de l'Heliand. A la note 6 il compare les droits des parents à ceux résultant en matière de fiefs à une époque un peu postérieure de la *Gesamtbelehnung*.

(3) *Sachsenspiegel*, I, 51, § 4.

(4) Cf. passage de Parsifal cité par Homeyer, p. 38. Parsifal, 6, 17 : « Das er in niht gar verstize und im sines lindez lieze hantgemaelde, daz man möhte sehn davon der herre müeze jehn sins namen und siner vriheit. »

(5) Homeyer, pp. 35, 63.

(6) Homeyer, p. 68 : « Bei alledem und bei der ungemein reichen Begüterung des Welfischen Hauses in den deutschen Ländern und in Italien, zeigt sich doch eine vorwiegende Bedeutung von Ravensburg und Altdorf.... Von Altdorf aber benennt Otto von Freisingen das Geschlecht der Welfen überhaupt, wie von Waiblingen die Staufen. » Mais cela était peu strict. On tendit à porter le nom de possessions n'ayant pas le caractère de Hantgemal. On en a la preuve pour les puînés et même pour les aînés qui préféraient porter le nom d'un château moins modeste que celui de leur Hantgemal.

de la famille, mais encore comme son siège, alors même qu'elle n'y résidait plus effectivement. Homeyer en a fourni des preuves curieuses. Cela supposait tout d'abord une certaine évolution dans les idées juridiques ; la substitution à l'idée de la dépendance à l'égard d'une race, celle de l'attache au sol (1) ; sans que l'on tînt toutefois encore exactement et uniquement compte du domicile. Les Wettiner par exemple quoique résidant en Saxe sont qualifiés de *Franken* (2) parce qu'ils sont originaires de pays appartenant à cette race et y ont eu leurs premières possessions familiales.

Cet effet général du Hantgemal en entraînait d'autres en matière de procédure, le forum compétent était celui du siège de Hantgemal (3), en matière de droit privé (4), le statut à appliquer était celui de la situation du Hantgemal quoique la *lex domicilii* tendît à l'emporter.

Dans la suite des temps, le Hantgemal disparut avec sa signification juridique précise, mais le souvenir de la communauté d'origine qu'il exprimait ne s'est pas perdu avec lui. Il laissait dans la conscience juridique germanique des éléments qui devaient germer et produire leur fruit au contact d'idées nouvelles naissant sous l'action de besoins nouveaux.

(1) Homeyer, *loc. cit.* ; Schröder, p. 638, texte et notes 7, 8, 9.

(2) Homeyer, p. 69.

(3) Cela s'appelait la « Heimat » d'où l'explication du titre du travail de Homeyer. Sur les effets de la Heimat, cf. Homeyer, pp. 70 à 77.

(4) Cf. Homeyer, p. 80. Cas d'Henri de Brünswick.

CHAPITRE II

DROIT ACTUEL

§ 1. — Du sujet du *Stammgüterrecht*.

Nous avons vu comment la noblesse poursuivait avec un succès varié le maintien de l'institution du bien de famille.

En vertu de son autonomie (1) et de sa position souveraine, la haute noblesse put la maintenir intacte. Les anciennes restrictions à la liberté d'aliéner se sont conservées pour ses *bona aviatia*; elles ont même reçu des développements considérables. En matière de droit successoral des règles absolument nouvelles ont été édictées en vue d'empêcher le morcellement des biens et d'assurer leur transmission par les mâles. Les unes et les autres de ces règles peuvent être modifiées par la famille de la haute noblesse quoique les conditions de la modification, notamment au point de vue du consentement requis, ne soient pas les mêmes chez les familles de la haute noblesse qu'il nous faut maintenant distinguer (2).

(1) De cette autonomie, il a été fait fréquemment usage, c'est de là que proviennent ces *Hausgesetze* et ces *Familienvetträge*, qui jouent un rôle si important dans le droit public allemand, bon nombre de constitutions se référant explicitement ou implicitement à ces produits de l'autonomie des grandes familles. Hermann Schulze a publié les *Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser*, Iena, 1862, 1883, 3 vol. in-4°.

(2) Chez les médiatisés et princes assimilés, les modifications ne sont valables qu'après ratification du souverain ou la publication que

Appartiennent à la haute noblesse les familles qui sont ou ont été souveraines en Allemagne (1). La haute noblesse est un produit historique que l'on ne saurait plus artificiellement créer. Un usurpateur seul pourrait parvenir à la haute noblesse ; le comte de Bismarck élevé à la dignité de prince de Bismarck, puis de duc de Lauenbourg, ne cessait d'appartenir à la petite noblesse (2).

La haute noblesse comprend donc toutes les familles ayant dépendu autrefois directement de l'Empire (3). Mais cette condition est elle-même insuffisante ; il y avait au sud et à l'ouest de l'Allemagne une noblesse n'appartenant pas à la classe des souverains mais qui avait su conserver sa dépendance immédiate à l'égard de l'Empire, certains droits de souveraineté importants et le droit de faire des *Hausgesetze* qui devaient toutefois être soumises à la sanction impériale (4). Elle avait de plus une organisation corporative précieuse pour le maintien de son indépendance. Mais cette *Reichsritterschaft* n'appartenait pas à la haute noblesse ; ce qui lui manquait pour en faire partie, c'était la *Reichstandschaft* (le droit de figurer au Reichstag avec une voix curiale ou virile) (5).

celui-ci peut empêcher en opposant une simple force d'inertie. Les familles souveraines peuvent apporter à leurs *Hausgesetze* tous changements compatibles avec la constitution sans être tenues d'obtenir l'assentiment du Parlement.

(1) Le titre ne fait rien à l'affaire. Il y a des comtes appartenant à la haute noblesse, par exemple les Castell, et des princes appartenant à la petite. Cf. *infra*.

(2) De même Blücher.

(3) *Reichsunmittelbar*.

(4) Cf. Meyer, p. 78. La même exigence avait valu originellement pour toutes les *Hausgesetze*, même celles des familles souveraines. Depuis Pütter et Moser, on s'était départi de cette rigueur.

(5) Cf. sur tous ces points entre autres auteurs Schröder, pp. 788, 789, 793, 848, 852.

L'importance de cette dernière qualité permettait parfois de suppléer à l'autre. Dès avant la dissolution du Saint Empire romain germanique, il y avait des familles qui avaient perdu leur souveraineté, sans pour cela cesser d'appartenir à la haute noblesse. C'était, par exemple, le cas des Stolberg, sujets prussiens (1).

La perte de la souveraineté qui se rencontrait accidentellement au siècle passé dans certaines familles de haute noblesse sans contre-coup fâcheux pour elles, se réalisa pour bon nombre de petites familles souveraines au début du siècle sous l'influence de remaniements que les conquêtes françaises faisaient subir au vieux corps germanique (2).

La paix de Lunéville, les sécularisations qui suivirent, la médiatisation arbitraire de la noblesse immédiate n'étaient que le prélude de la suppression des petites souverainetés laïques voisines ou enclaves d'Etats plus puissants. Ce fut cette œuvre que réalisa l'acte de la Confédération du Rhin du 12 juillet 1806 (3) que Thiers a résumée très exactement au point de vue qui nous occupe dans les lignes suivantes, p. 503 : « La circonscription géographique de la Confédération du Rhin embrassait les territoires situés entre la Sieg, la Lahn, le Mein, le Neckar, le Haut-Danube, l'Isar, l'Inn... Tout prince renfermé dans

(1) Gerber, p. 28, note ; Schröder, p. 781 ; Schulze, *Das preussische Staatsrecht*, Leipzig, 1888, I, p. 127, Adde, Meyer, *Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels, Eine Revision, Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, V, p. 242.

Les Hohenlohe, quoique sujets appartenaient cependant aussi à la haute noblesse. Pour la maison de Schönburg dans le royaume de Saxe cpr. Schulze, *loc. cit.*

(2) Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. VI, pp. 417, 468, 503.

(3) Art. 27 et 28.

cette circonscription, s'il n'était pas nommé dans l'acte constitutif, perdait la qualité de prince régnant. Il était médiatisé, expression empruntée à l'ancien droit germanique, laquelle voulait dire qu'un prince cessait de dépendre *immédiatement* du chef suprême de l'Empire, pour n'en dépendre que *médiatement*, qu'il tombait par conséquent sous l'autorité du souverain territorial dans les Etats duquel il était enclavé, et voyait ainsi disparaître sa souveraineté (p. 504) : « Les princes et comtes médiatisés conservaient certains droits princiers, et ne perdaient que les droits souverains, lesquels étaient transportés au prince duquel ils devenaient les sujets. Les droits souverains transportés étaient ceux de législation, de juridiction suprême, de haute police, d'impôt, de recrutement. La basse et moyenne justice, la police forestière, les droits de pêche, de chasse, de pâturage, d'exploitation de mines, et toutes les redevances de nature féodale, sans compter les propriétés personnelles, composaient les prérogatives laissées aux médiatisés. Ils conservaient la faculté d'être jugés par leurs pairs, qualifiés d'austro-germans, dans l'ancienne constitution allemande.

La noblesse immédiate était définitivement incorporée. »

L'acte de la Confédération du Rhin laissait donc aux médiatisés tous les droits qui n'avaient pas un rapport étroit avec la souveraineté perdue. L'article 14 de l'acte final du Congrès de Vienne précisa les dispositions de l'acte de la Confédération du Rhin en venant au secours de certains droits menacés après les médiatisations (1).

(1) Cf. Gerber, p. 34, note 7 ; Zachariæ, *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, 3^e éd., t. I, p. 523, n^o 4 ; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1895, p. 715 ; Miaskowski, p. 11 ; Debidour, *Histoire diplomatique de l'Europe*, Paris, Alcan, 1891, I, p. 61 ; H. Schulze, *Das preussische Staatsrecht*, I, p. 421.

La période qui avait suivi celles-ci avait été funeste aux Hausgesetze et aux statuts de famille ; la haute noblesse médiatisée s'était trouvée atteinte dans l'exercice de l'un de ses plus importants privilèges, celui de régler ses relations de famille et le régime de ses biens à l'aide de l'autonomie. D'après l'article 14 demeuraient assurés aux médiatisés relativement à leurs personnes, leur famille et leurs biens tous les droits et avantages résultant de leur propriété et de sa possession paisible et ne relevant ni de la puissance publique, ni des droits éminents de souveraineté. Cela comprenait entre autres le maintien des constitutions de familles existantes (1) que l'on avait illégalement méconvenues pendant la Confédération du Rhin, la faculté de prendre relativement à leurs droits de famille et de patrimoine toute disposition ayant force de loi. Celle-ci devait toutefois être présentée au souverain de l'Etat du Bund dont le médiatisé se trouvait désormais le sujet. De plus certaines mesures de publicité étaient prescrites à l'égard de ces dispositions. L'article indiquait ensuite le sens dans lequel devaient se mouvoir les législations locales pour atteindre en la matière une unité désirable. Ce fut une œuvre à laquelle les Etats s'employèrent activement (2). Une des dernières règles édictées sur la matière est contenue dans le paragraphe 29 du Code civil saxon qui accorde à l'autonomie et à ses émanations le respect prescrit par l'article 15 de l'acte final (3).

L'autonomie a subi d'ailleurs avec tous les droits des médiatisés une grave atteinte en 1866 du fait de la dis-

(1) Ce passage de l'article 14 a donné lieu à bien des difficultés, mais c'est l'interprétation la plus générale. Cf. Zachariæ, *loc. cit.* ; Gerber-Cosack, § 20, note 7. A la date du 27 juin 1826 le ministère des Affaires étrangères prussien a donné une autre interprétation. Cf. Schulze, § 125, note 3.

(2) Cf. Meyer, p. 715, note 6.

(3) Cf. Schmidt, *Vorlesungen*, p. 46.

solution de la Confédération germanique. La garantie que les médiatisés trouvaient dans l'incorporation des dispositions les concernant dans la législation fédérale, l'action qu'ils pouvaient faire valoir en ce sens devant le Bund ; tout cela a disparu ; leur droit s'est maintenu, mais il est sans sanction (1). Il était abandonné à la bonne volonté de chacun des Etats de la Confédération de l'Allemagne du Nord ou des Etats de l'Allemagne du Sud, et depuis 1871, à celle de chacun des Etats du nouvel Empire. Quant à la législation fédérale elle n'est nullement entravée par les droits des médiatisés dont elle a fait bon marché à plusieurs reprises.

Mais les médiatisés ont conservé intact le droit de régler leurs rapports de famille et le régime de leurs biens. C'est un droit qu'ils partagent avec les familles régnantes. L'*Hausgesetz* n'est pas la seule source de droit réglementant les *Stammgüter* de la haute noblesse ; dans certaines familles l'observance (2) a la même force que l'autonomie et comme droit subsidiaire le « *gemein deutsches Privatfürstenrecht* » joue aussi un rôle (3). Par contre les dispositions de loi de chaque Etat sur les fidéicommiss ne peuvent être directement appliquées aux biens de famille

(1) Les auteurs de droit public allemand s'accordent à reconnaître que les Etats ne s'étaient engagés que les uns à l'égard des autres en tant que membres du Bund à respecter les droits des médiatisés. Ils ne s'étaient nullement engagés à l'égard des médiatisés eux-mêmes. Cf. en ce sens notamment, v. Rönne, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, I, § 7, p. 54 et seq. ; Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, t. I, p. 305 ; Seydel, *Bayrisches Staatsrecht*, t. I, p. 607. — *Contra*, Zacharie, *Denkschrift über den territorialen Umfang der standesherrlichen Vorrechte in Deutschland*, 2^e éd. Donaueschingen, 1867 ; H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, t. I, § 157, p. 401. Du même, *Das preussische Staatsrecht*, 2^e éd., t. I, Leipzig, 888, § 123, *in fine*.

(2) Beseler, *Erbverträge*, II, 2, p. 52.

(3) Heffter, *Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands* (1871), p. 42.

de la haute noblesse (1). Elles ne pourraient l'être qu'en vertu d'une loi à l'exécution de laquelle rien ne s'opposerait depuis la suppression des garanties des médiatisés.

Nous avons vu *suprà* (2) que la Reichsritterschaft qui avait sensiblement les mêmes moyens de défense que la haute noblesse put assez vigoureusement résister. L'article 14 du Bundesacte lui reconnut les mêmes droits qu'aux médiatisés, notamment l'autonomie lui fut maintenue, toutefois certaines limites étaient apportées à l'exercice de ce droit comme de tous ceux qui lui étaient accordés. Elle ne pouvait les exercer que conformément aux prescriptions des législations locales (3). Ces législations ne se sont pas montrées aussi favorables à l'autonomie de l'ancienne noblesse immédiate qu'à celle des médiatisés (4). Dans la mesure où cette autonomie a subsisté elle a surtout eu pour but la réglementation du régime des biens.

Ce n'est qu'exceptionnellement que la petite noblesse a su maintenir un régime intégral de Stammgüter avec limitation des droits de disposition du propriétaire et dévolution successorale spéciale. « Von Landesgesetzen für den niederen Adel sind mir derartige Bestimmungen nur aus dem Hannœverschen bekannt (5). »

(1) Cf. Miaskowski, p. 11, note 12 ; Ludwig Hoffmann, *Das Recht des Adels und der Fideikomnisse in Bayern*, München, 1896, p. 179, Commentaire du paragraphe 102 de l'édit bavarois du 21 mai 1818 sur les fidéicommiss. Roth, *Bayrisches Civilrecht*, II, p. 551, note 4 ; Rosin, pp. 342 et 343.

(2) P. 101.

(3) Cf. Schröder, p. 788.

(4) Stobbe, § 320, II. Il a été fort peu tenu compte de cet article 14 de l'acte final en Bavière, par exemple ; Hoffmann, p. 59. En dépit de ses efforts, l'ancienne noblesse immédiate s'est vue de plus en plus ramenée à la condition de la noblesse ordinaire (landsässiger Adel).

(5) Stobbe-Lehmann, pp. 517 et 518, note. Cf. Gerber, p. 74, texte et note 2 ; Cf. Stobbe, p. 320, IV ; von Rössing, *Hannoversche Stammgüter. Inaugural Dissertation*, Göttingen, 1895.

A raison de leur originalité ces Stammgüter méritent mieux qu'une simple mention. Ce sont les seuls reposant sur le Landesrecht en dehors de toute autonomie. Le droit des Stammgüter de la Ritterschaft se trouve contenu dans les statuts de celle-ci.

La Ritterschaft du duché de Brême fut une des premières à avoir sur la matière les dispositions les plus explicites.

Le Ritterrecht de 1577 (1) ne faisait lui-même que préciser et compléter la disposition d'une ordonnance de 1547 (2). Il dut son origine à l'archevêque Henri de Brême. Celui-ci avait chargé la Ritterschaft de s'entendre sur les principes qui devaient régir le droit successoral nobiliaire, de les consigner par écrit, et de les soumettre à son approbation. Réalisé dans le courant de l'année 1577 le résultat fut soumis à la confirmation de l'archevêque qui l'approuva à la date du 22 décembre 1577. L'œuvre manquait de clarté et donna lieu aux plus vives critiques. Ce ne fut cependant qu'au XVIII^e siècle que sa révision eut lieu ; mais les tentatives en ce sens remontaient à la fin du XVII^e siècle. L'ancien texte fut maintenu, mais chaque paragraphe fut pourvu de notes explicatives qui donnèrent elles-mêmes asile à des idées juridiques nouvelles. Le tout fut approuvé en 1738 (3) et non seulement le texte du Rit-

(1) Cf. Stobbe-Lehmann, p. 196, note 11, Stobbe, p. 320, texte et notes 21-22 ; Rossing, p. 9 ; Grossmann, *Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes im Königreich Preussen*, t. VI, province de Hanovre. Dans l'enquête du ministère de l'agriculture de Prusse publiée sous la direction de M. Sering.

(2) Stobbe, § 320, note 21.

(3) Le titre du nouveau Ritterrecht est à lui seul une explication, Püfendorf, *Observationes*, t. IV, p. 3 et seq., appendice, p. 10, dit : « Des Herzogtums Bremen Ritterrecht von dem ehemaligen Bremischen Herrn Ertz-Bischoffe Henrico, in Jahre 1577, gnädigst bestätigt,

terrecht eut force de loi mais aussi les explications dont on l'avait pourvu (1).

Ce statut n'était applicable qu'à la Ritterschaft immatriculée ayant siège et voix au Landtag; se trouvaient exclus du bénéfice de la disposition le surplus de la noblesse et la Ritterschaft de Verden (2).

En 1847 la Ritterschaft soumit le statut de 1577 remanié et annoté en 1738 à une nouvelle révision péniblement obtenue à la suite de vives discussions entre ses membres. La révision eut la sanction royale à la date du 17 avril 1847 (3).

La Ritterschaft des principautés de Calenberg, Göttingen et Grubenhagen voyait à la date du 4 septembre 1847 approuver des statuts dont les dispositions étaient sensiblement analogues à celles du statut de Brême révisé (4). Les statuts de la Ritterschaft de Lünebourg du 14 juin 1863 mentionnent également l'institution des Stammgüter (5). La loi n'ayant pas établi de système, le Stammgut reste soumis aux assauts du droit commun, c'est ce qui explique l'insuccès du Stammgütersystem dans l'ancienne princi-

jetz, aber von neuen revidiret, erläutert, vermehret und von Ihrer Königl.-Majestät Georg dem Andern (ici série des titres des rois d'Angleterre de la maison de Hanovre) als allergnädigstem Landesherren aller höchst confirmiret. »

(1) Von Rössing, *loc. cit.*

(2) Cf. v. Rössing, p. 10; cf. Grossmann, p. 167.

(3) V. Rössing, p. 26; Grossmann, p. 175. Il fut fait depuis différentes additions à la révision de 1847, mais elles ne touchent pas le fond des dispositions alors adoptées. Cf. *Hannoversche Gesetzsammlung*, 1847, p. 124 et seq.

(4) Chap. VI des statuts du 4 septembre 1847. Cf. *Gesetzsammlung*, p. 225; Grossmann, p. 178. V. Rössing, p. 9, p. 31; Stobbe-Lehmann, p. 196, note 11.

(5) Cf. art. 4 de ces statuts. V. Bülow, *Zeitschrift für hannoversches Recht*, 1876, tome VIII, p. 234 et seq., et pour l'article 4, p. 238; Grossmann, p. 181; Stobbe-Lehmann, p. 196, note 11; V. Rössing, p. 9, p. 38.

pauté de Lünebourg. Ce n'est pas que les mœurs y soient hostiles. A diverses reprises des tentatives ont été faites par les intéressés en vue d'obtenir une législation analogue à celle dont bénéficie la Ritterschaft de l'ancien archevêché de Brême (1).

Les seuls nobles font en réalité usage de cette législation des Stammgüter, quoique depuis le 11 décembre 1863 on puisse faire partie de la Ritterschaft, condition préliminaire de la naissance de Stammgüter sans être noble (2).

Par contre la petite noblesse appelée à profiter d'un régime successoral taillé sur le modèle de celui des Stammgüter était assez nombreuse ; au cours des siècles, le cercle s'est de plus en plus rétréci, seule la noblesse des régions rhénane et westphalienne a su conserver intactes des dispositions séculaires. L'immense majorité de la petite noblesse a trouvé assistance et protection pour le maintien de son assiette territoriale dans l'institution du Fidéicommis dont il sera question ultérieurement.

§ 2. — De l'objet du Stammgüterrecht.

Après avoir examiné dans quels cercles de la société allemande fonctionnait l'institution des Stammgüter, il nous faut examiner l'institution en elle-même et passer du sujet à l'objet du droit.

Ce ne sont pas tous les biens d'une famille noble qui sont soumis à cet assujettissement spécial résultant d'un ensemble de règles juridiques restrictives de la liberté de disposition du propriétaire soit entre vifs soit *mortis causa*, ensemble que les juristes allemands résument sous le

(1) Grossmann, p. 182.

(2) Grossmann, pp. 168 et 177 ; v. Rössing, p. 43. Les propriétaires de Rittergüter qui n'appartiennent pas à la noblesse hésitent à se soumettre aux restrictions résultant de la qualité de Stammgut.

vocable commode de « Gebundenheit ». Même dans la haute noblesse, les biens de libre disposition n'ont jamais fait défaut (1). Il y a donc un départ à faire entre les biens d'une famille de haute noblesse. La qualité du Stammgut doit être prouvée (2). Quels sont les éléments qui doivent entrer en ligne de compte ? Devra-t-on s'attacher aux dévolutions successorales et à elles seules ? En d'autres termes, seraient Stammgüter les seuls biens transmis par succession une ou plusieurs fois. C'est une des sources possibles du Stammgut, celle qui répond le mieux à la signification de l'expression, à l'origine et à l'esprit de l'institution, mais il ne semble pas que ce soit la seule. M. Gierke, admet la possibilité d'une attribution tacite de la qualité de Stammgut ; en vertu soit de la prescription (3), soit de règles générales résultant des Hausgesetze, soit des pratiques coutumières observées par la famille (Familienservanz).

En fait, bon nombre d'Hausgesetze anciennes et modernes décident expressément que toute acquisition nouvelle dont le premier acquéreur, — surtout lorsque ce premier acquéreur est chef de famille et prince régnant (4) — n'aura pas disposé soit entre vifs, soit à cause de mort fera, sans rien de plus, partie des Stammgüter de la famille et en suivra le sort (5).

(1) Cf. Gerber, § 74 ; Gierke, p. 558 et seq.

(2) Cf. Rosin, p. 344 ; Gierke, *Die juristische Persönlichkeit der hochadeligen Häuser*, *Zeitschrift für das Privat und das öffentliche Recht der Gegenwart*, t. V, p. 563. Réfutation d'une conséquence erronée attribuée par Mejer à la théorie de Beseler, de Gierke et de Lewis sur la famille de la haute noblesse, en tant que corporation, p. 229.

(3) Gierke, article cité pp. 560 et 563. Cf. Rosin, p. 344, note 13.

(4) Cf. Gierke, p. 563.

(5) Cf. par exemple la Erbvereinigung de 1766 et de 1771 entre l'électeur de Bavière et l'électeur Palatin dans Schulze, *Hausgesetze*, I, p. 285 et seq.

Les acquêts peuvent également prendre la qualité de Stammgüter en vertu d'une incorporation spéciale, au gros des biens ayant cette qualité, soit par testament soit par toute autre déclaration (1). Ceci n'est pas admis de tous et ceux-là même qui l'admettent ne me semblent pas rester d'accord avec eux-mêmes en repoussant certaines conséquences de l'opinion qu'ils ont adoptée. En vertu d'une formule devenue banale, on fait reposer le Stammgut sur la loi ou la coutume (Herkommen, Gesetz, Familienobservanz), on dénie en cette matière tout effet à l'acte juridique spécial saisissant le bien en vertu d'une volonté actuelle et lui conférant la qualité de bien de famille, on dénie tout effet à ce que l'on appelle le « Rechtsgeschäft ». Celui-ci, dit-on, est la source du fidéicommis, mais du fidéicommis seul. C'est un des éléments (2) courants de la distinction du Stammgut et du fidéicommis. Récemment, M. Rosin (3) s'est insurgé contre la distinction régnante et lui a apporté un correctif qui me paraît heureux. Présentée comme elle l'était d'ordinaire, la distinction était purement verbale. La « Gebundenheit » du fidéicommis de famille repose en dernière analyse sur la loi, et même dans certains cas, sur une loi spéciale (4). Le fondateur du fidéicommis ne fait que ce que permet la

(1) Rosin, p. 344 ; Gierke, p. 563 ; Gerber-Cosack, § 74, texte et note 3.

(2) Je me contenterai de citer Bulow, *Zeitschrift für hannoversches Recht*, tome VIII, p. 242 ; Zimmerle, p. 291 ; Gierke lui-même (*Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad. Opposition de la « Rechtsnorm » du droit statutaire des familles de haute noblesse et de la « Willenserklärung »). V. Rössing, p. 8 ; Ludwig Hoffmann, *Das Recht des Adels*, p. 291 ; Gerber, § 75, *Rechtslexikon* de Weiske, article de von Salza, IV, p. 242 ; Eichhorn, *Privatrecht*, § 368 ; Franklin, *Holtzendorff's Rechtslexikon*, III, p. 772.

(3) P. 345, note 14.

(4) Par exemple en Autriche cf. Miaskowski, II, p. 25.

loi ; d'autre part, l'attribution du caractère de Stammgut à un bien peut reposer sur un Rechtsgeschäft qui fait, dans un cas spécial, application d'une règle générale. Les 2 institutions reposent donc sur la loi. Ce qui est vrai, c'est que le plus souvent, le fidéicommiss repose sur un acte de volonté individuelle et le Stammgut sur une règle objective. Et encore n'y a-t-il là de différence qu'au point de vue de l'origine immédiate de la Gebundenheit. Les causes profondes des 2 sortes de Gebundenheit sont dans la loi. La distinction est exacte à constater historiquement (1), elle est digne d'être mentionnée à ce point de vue, mais à ce point de vue là seulement. Le Stammgut provient directement de l'institution du Beispruchsrecht, le fidéicommiss de l'esprit du Beispruchsrecht.

Là où l'intimité du Stammgut et de la loi est la plus complète, c'est en matière de Stammgüter de la petite noblesse, quoique les lois modernes aient laissé en cette matière la plus grande latitude aux intéressés. Ce sont ces Stammgüter qui, à une époque où la théorie du fidéicommiss menaçait de tout englober (2) ont montré les pre-

(1) A une époque où l'institution du bien de famille disparaissait pour la petite noblesse, celle-ci ne pouvait maintenir de « Familiengut » (bien de famille) qu'à l'aide d'artifices où la volonté créatrice avait un rôle prépondérant. C'est alors que pour servir cette volonté on eut recours à l'institution romaine des fidéicommiss, mais depuis que l'institution a reçu droit de cité, il est un peu puéril de conserver la distinction du « Rechtsatz » et du Rechtsgeschäft » avec l'importance qu'on lui attribue.

(2) Cf. sur la force d'expansion qu'eurent les fidéicommiss du droit romain germanisé et leur tendance à supprimer les institutions allemandes analogues. O. Mejer, p. 234 ; Beseler, p. 545 ; Gierke, p. 584. Le titre de l'important ouvrage de Knipschild consacré aux fidéicommiss est à lui seul suffisamment indicatif. « De fideicommissis familiarum nobilium sive de Bonis, quæ pro familiarum nobilium conservatione constituuntur. Von Stammgütern Tractatus, authore Philippo Knipschild jud. et Reipublicæ Esslingensis syndico, 1661, Ulmæ. C'est celle dont je me suis servi, mais la première édition date de 1654 et la théorie de

miers leur indépendance, ce sont eux qui, avec les remaniements subis au cours des siècles expriment le mieux l'ancienne *Gebundenheit* telle qu'elle résultait des droits des proches héritiers (1). Les autres ont trouvé dans l'autonomie en même temps qu'un adjuvant un élément perturbateur de l'institution.

Le Bremer *Ritterrecht* a varié dans ses solutions, il a tendu au cours de son développement à se montrer de moins en moins rigoureux. Il y a là comme un retour offensif de l'esprit de famille, en vue de favoriser des visées nobiliaires. L'institution tend de plus en plus à se rapprocher du fidéicommis (2). Il semble qu'elle ne se rattache plus, relativement à la conception qu'elle se fait du *Stammgut*, à la vieille institution que par le lien de la filiation historique. Le vieux « *Ritterrecht* » de 1577 révisé en 1738 considérait (3) comme « *Stammgüter* » les *Rittergüter* du duché immatriculés et donnant droit de siéger au *Landtag*, qui avaient subi deux transmissions successorales direc-

l'auteur se trouve déjà dans une dissertation présentée par l'auteur en 1626 à la faculté de Strasbourg. Cf. Wippermann, *Kleine Schriften juristischen und rechtshistorischen Inhalts*, I, p. 61 ; Pfaff und Hofmann, *Zur Geschichte der Fideikommiss*. Tirage à part du cours de ces auteurs sur le droit civil autrichien, Wien, 1884, p. 32. On parlait de fidéicommis là où il y avait des *Stammgüter*. La langue juridique porte encore des traces de la confusion. Rosin, pp. 345 et 346 ; Beseler, p. 545. On désigne fréquemment encore la fortune familiale de la maison royale de Prusse du nom de *Kronfideikommiss*, et l'assignation faite sur cette fortune, constituant l'équivalent d'une liste civile de *Kronfideikommissrente*. Cf. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, p. 251, note 9. Cf. d'ailleurs sur l'influence de Knipschild, ce qui sera dit *infra* des fidéicommis.

(1) Cf. sur la distinction des deux sortes de *Stammgüter* », Gierke, article cité, p. 585.

(2) V. Rössing, p. 5.

(3) Titre I, § 3.

tes (1) ou indirectes (2) en ligne descendante masculine (3). La révision de 1847 vint apporter de profondes modifications en la matière. Un Rittergut revêt la qualité de « Stammgut » par *une seule* dévolution successorale en ligne masculine descendante ou *collatérale* (4). C'est à ces nouveaux Stammgüter que s'applique le statut de 1847, le vieux « Ritterrecht » est à leur égard sans effets. Il demeure en vigueur à l'égard des anciens Stammgüter que la révision de 1847 a respectés mais dont elle a facilité la transformation en nouveaux Stammgüter (5).

(1) Par exemple : Primus a acquis le bien, l'a transmis à son fils Secundus qui l'a transmis à son propre fils Tertius. A la mort de Tertius, il y aura un Stammgut dans le patrimoine de Quartus descendant de Tertius.

(2) Indirectes. Dans l'exemple précédent, le bien avait passé à Secundus, autre fils de Primus, ce fils meurt sans enfant, laissant comme héritier son neveu Tertius. A la mort de celui-ci, le bien deviendra Stammgut dans le patrimoine de Quartus.

(3) La remarque du § 7, titre XII, vient éclairer ce que le titre I, § 3, a d'embarrassé : « Stammgüter sind diejenigen, so von der Defuncti Grossvater väterlichen Linie auf dem nepotem defunctum unverrückt vererbt worden. Es wird also das vom Grossvater acquirirte Gut nicht eher Stammgut als bis der Nepos verstorben. » Ce que le Ritterrecht disait du grand-père, il fallait également l'entendre de l'arrière-grand-père. Rössing, p. 11 ; Grossmann, p. 167. Quant à l'explication tentée par M. de Rössing (pp. 14 et 75) du « zum Wenigsten einmal », elle ne me paraît pas satisfaisante en raison de la généralité des termes de l'« Anmerkung » du § 7, titre XIII.

(4) § 2, n. 2. Cf. v. Rössing, p. 26 ; Stobbe-Lehmann, § 196, note 11 ; Grossmann, p. 175. La dévolution peut être testamentaire ou *ab intestat*. Il y a lieu de lui assimiler les cessions entre vifs (V. Rössing, p. 27).

(5) Grossmann, p. 177 ; V. Rössing, p. 26. Cette transformation résulte du simple jeu d'une transmission successorale dont on peut paralyser cet effet spécial par une manifestation de volonté contraire. Mais une seule manifestation de volonté est permise ; de sorte qu'à la deuxième transmission *mortis causa* l'ancien Stammgut se verra transformé en Stammgut moderne, à moins que dans l'intervalle le bien n'ait perdu la qualité de Stammgut elle-même. La qualité de Stammgut, d'après l'ancien

La dévolution successorale n'est pas la seule source du Stammgut moderne ; d'après le Ritterrecht de 1847, qui apporte en la matière une importante innovation, la qualité de Stammgut peut résulter d'une déclaration expresse émanant du propriétaire (1). La déclaration doit être consignée dans un acte public ou faite par le propriétaire en personne à l'assemblée de la Ritterschaft. La déclaration ne porte pas atteinte au droit des tiers (2). Elle doit être transcrite dans le livre foncier (3) et est soumise à une double publication. Ce n'est qu'après toutes ces formalités que le bien revêt la qualité de Stammgut (4).

Aux termes des statuts de la Ritterschaft des principautés de Calenberg, Göttingen, Grubenhagen (5), le Stammgut prend naissance soit par une déclaration soumise à des exigences moins sévères que celles présentées par le Ritterrecht de Brême de 1847, soit à la suite de deux transmissions *mortis causa* successives dans la ligne masculine ayant lieu sans tenir compte de femmes héritières au même

Ritterrecht, peut d'ailleurs renaître. En effet, la seule descendance de celui entre les mains duquel le bien a pris la qualité de Stammgut moderne est apte à succéder dans les conditions du droit nouveau. Le bien revenu entre les mains de collatéraux reste soumis aux dispositions de l'ancien Ritterrecht, sauf à revenir au régime moderne à la suite d'une transmission successorale. Sur tous ces points, cf. v. Rössing, p. 26. En 1871, sur les 190 Rittergüter de l'ancien duché de Brême, il y avait 35 Stammgüter dont 20 soumis au régime du Ritterrecht de 1577 (V. Rössing, p. 126). En 1895, il y avait 42 Stammgüter de cette catégorie et 45 Stammgüter se déférant d'après l'ordonnance de 1847 (cf. Grossmann, p. 117).

(1) § 2, n. 1 du Ritterrecht de 1847. Stobbe-Lehmann, § 196, note 11 ; Grossmann, p. 175 ; v. Rössing, p. 27.

(2) §§ 10 à 15.

(3) Avant la loi du 28 avril 1873 dans le registre hypothécaire (§ 7).

(4) A l'égard des effets en matière de succession le point de départ est différent, cf. Rössing, p. 28.

(5) § 66, testament, contrat ; les formalités de publicité sont à peu près les mêmes.

degré (1), à moins que le *de cuius* ou ses auteurs n'en aient d'une manière quelconque décidé autrement (2). Les complications du deuxième procédé, ses exigences, formalistes et passablement arbitraires ont assuré au premier une fortune relative (3).

Dans l'ancien duché de Brême au contraire, où le Ritterrecht de 1847 a facilité la naissance de Stammgüter par voie de succession la création des Stammgüter par voie de déclaration est rare. Il semble qu'on veuille ici laisser moins de latitude à la volonté du propriétaire ; le seul propriétaire, lors de la première transmission successorale est en droit de décider valablement que son Rittergut ne sera pas par suite de son décès soumis au régime des Stammgüter. Ses successibles n'auraient pas le même droit.

Les exigences fiscales semblent devoir soumettre le procédé de la déclaration à une pénible épreuve en lui enlevant un des éléments de son succès : la modicité des frais qu'il occasionnait. La jurisprudence exige l'impôt du timbre de 3 0/0 de la valeur comme en matière de fidéicommis (4).

(1) En matière de successions *ab intestat* aux biens allodiaux, il ne saurait être question de privilège de masculinité. Le § 86 ne vise pas ce cas. Il ne vise pas davantage le privilège de masculinité prévu dans les articles précédents. Il ne peut avoir trait qu'à une exclusion des femmes émanant du *de cuius* (quoique la loi parle d'héritiers *ab intestat*). La naissance du Stammgut dépend d'éléments accidentels, la présence de femmes exclues par le testateur à chacune des transmissions successorales. La loi attachait plus d'importance à la création des Stammgüter résultant d'une déclaration, mais comme le mot Stammgut était alors en démenti flagrant avec l'institution créée, on a voulu faire une concession au principe historique en admettant un deuxième cas de création de Stammgut par voie de dévolution successorale.

(2) Grossmann, p. 179 ; v. Rössing, p. 32.

(3) V. Rössing, p. 38 et 41.

(4) Cf. Décision du Reichsgericht du 8 juillet 1892 (*Entscheidungen der Reichsgeschichte in Civilsachen*, Bd. XXX, . 173).

Les statuts de la Ritterschaft de Lünebourg du 14 juin 1862 permettent dans leur article 4 la création de Stammgüter par voie de déclaration. Aucune forme n'est nécessaire pour la validité de celle-ci ; aucune formalité de publicité n'est requise, sauf pour les Rittergüter non immatriculés, qui doivent être transcrits sur le registre matricule de la Ritterschaft après autorisation du souverain. Ils n'ont d'effet à l'égard des tiers que par une inscription au livre foncier.

Ces Stammgüter de la Ritterschaft de Lünebourg sont construits d'une façon insuffisante surtout au point de vue de la dévolution successorale. Ils n'écartent pas l'application du droit commun (2), peu favorable à la transmission intégrale (3). Aussi sur les 201 Rittergüter que contient la principauté deux seulement avaient-ils en 1897 la qualité de Stammgüter (4).

§ 3. — Des restrictions apportées au droit du propriétaire de disposer entre vifs.

La propriété du Stammgut n'est pas une propriété ordinaire. Le titulaire (5) du Stammgut se trouve lié dans l'exercice des droits les plus importants découlant de

(1) Von Rössing, p. 39.

(2) Droit romain en Hanovre jusqu'en 1900.

(3) Cf. V. Bülow, pp. 244-247.

(4) D'après une enquête de l'Oberpräsident de la province au mois de mai 1897. Cf. Grossmann, p. 168, note 5, pp. 182-185. Par contre en 1895 M. de Rössing croyait pouvoir écrire : « Auch im Lüneburgschen ist von der Möglichkeit zu solchen Stammgutserklärungen in neuerer Zeit mehrfach Gebrauch gemacht » (p. 39). C'est une vue qui ne semble pas répondre à la réalité des faits.

(5) J'emploie à dessein cette expression vague pour ne point préjuger la question de savoir quel est le propriétaire du Stammgut, *Vide infra*.

la propriété par la nécessité du concours de certains parents.

En matière de Stammgüter, le vieux Beispruchsrecht a subi des modifications importantes. S'il a éprouvé des restrictions relativement à l'objet, il a obtenu une extension considérable relativement aux personnes qualifiées pour l'exercer (1). Les agnats ont désormais le Beispruchsrecht et non plus seulement le plus proche héritier (2). Au sens du droit germanique, les agnats (appelés Schwertmagen) sont les mâles parents par les mâles (3). Le cercle de l'agnation germanique est plus étroit que celui de l'agnation romaine ; à Rome étaient agnats les *cognati per virilem sexum*.

L'exception de l'« echte Noth » a disparu : le principe de la nullité résultant du défaut de consentement de proches a été maintenu.

Les agnats sont-ils autorisés à faire valoir cette nullité immédiatement ou ne sont-ils en droit de la faire valoir qu'à la mort de l'aliénateur et au cas où ils auraient droit au bien ? Sur ce point grave controverse ; la théorie régnante se prononce en général dans le sens d'une action en nullité différée jusqu'au décès de l'aliénateur ; les anciens auteurs se prononçaient en général pour l'exercice immédiat de la sanction du droit de la famille, théorie qui a été reprise et développée il y a quelques années avec beaucoup d'autorité par M. Rosin, dans une consultation par nous fréquemment citée. Comme la question se pose

(1) C'est ce qui résulte des Hausgesetze des familles de haute noblesse.

(2) Cf. Mejer, p. 233.

(3) Cf. Knipschild, p. 15 de l'édition de 1661 : « En notre matière, dit-il, la dénomination de famille comprend les agnats mâles, procédant du même sang, portant le même *cognomen* ayant les mêmes armes (die eines Stammens und Namens seynd welche einerley Schild und Helm haben, atque ita feminas excludit).

dans des termes analogues en matière de fidéicommis nous l'étudierons ultérieurement à propos de ceux-ci ; la solution donnée alors devant par *a fortiori* s'appliquer au Stammgut qui est l'expression complète des desiderata que la petite noblesse s'efforçait de réaliser par le fidéicommis.

Relativement au droit des agnats d'intervenir aux aliénations des Stammgüter de la petite noblesse, nous trouvons des dispositions intéressantes dans les statuts hano-vriens de Brême, de Calenberg-Göttingen-Grubenhagen, de Lünebourg que nous avons déjà étudiés à d'autres points de vue.

En principe un Stammgut est aliénable (1), l'ancien Ritterrecht de Brême était resté fidèle à ce principe. Le titulaire du Stammgut ne pouvait toutefois aliéner celui-ci qu'après l'avoir offert sans succès aux plus proches agnats. Ces derniers consentaient-ils à payer le prix moyen qu'ils avaient un droit de préemption. Le titulaire du Stammgut avait-il omis cette offre préalable que l'aliénation devait être annulée à la demande des plus proches héritiers.

Telles étaient les décisions contenues dans le titre XIII, § 1 du statut de 1577 (2). « Niemand wird sein Erb, Stammgut, ohne der nechsten Erben und Schwertmagen Willen, Consens und Wissen, vergeben, verkaufen, vel quovis alio titulo verändern ; so aber jemand seine Stammgüter ganz, oder eines Theils, verkaufen wolte, so soll er

(1) C'est en cela qu'il diffère du fidéicommis ; mais les lois modernes n'en sont pas restées à la prohibition absolue d'aliéner contenue dans l'obligation de transmettre de génération en génération un bien de fidéicommis. Les fidéicommis sont en fait aliénables comme les Stammgüter. Tel est le cas de la législation prussienne. Pour plus de détails *Vide infra*.

(2) *Von Kauffen and Verkauffen der Erbgüter und näher Geltung*. Pufendorff, *Observationes juris*, tome IV, Appendix, p. 34. Cf. Zimmerle, p. 276, note 30.

dieselbigen am ersten seinen nechsten Stammvettern anzubieten, und woferne ihrer einen oder mehr mit ihm darum handelu wolten, ihnen alsdann um einen land sittlichen Werth zu lassen schuldig sein. Würde aber jemand ohne solche Anbietung solche Güter einem andern verkaufen, so soll solcher Kauf, auf Begehren der næheren Vettern *cassiret* und kraftlos erkannt und gehalten werden. » L'Anmerkung ajoutée au texte primitif en 1738 venait tempérer la rigueur de la solution. Le défaut d'offre n'entraînait plus la nullité de l'opération, mais donnait aux agnats le droit d'exercer un retrait dans le délai de 1 an, 6 semaines et 3 jours à dater de l'époque où ils avaient eu connaissance de l'aliénation. Les cognats, eux, n'avaient qu'un simple droit de préemption, mais dénué de sanction, là où à défaut d'offre ils n'avaient pas de retrait. Il ne semble pas que les fils aient eu d'après l'ancien Ritterrecht une situation meilleure que les agnats et qu'un retrait se soit ajouté pour eux au Revokationsrecht (1).

La réforme de 1847 vint transformer ce droit des agnats en faveur de ceux-ci. Le Stammgut n'est plus aliénable en principe comme d'après l'ancien Ritterrecht. Le principe contraire a été posé (2). Les aliénations volontaires sont interdites et les biens aliénés peuvent être revendiqués par les descendants et les agnats, dès que le droit à la succession au Stammgut est ouvert (3), alors même que les uns et les autres seraient les héritiers allodiaux de l'aliénateur. Toutefois dans ce dernier cas, ils ont à restituer à l'acquéreur son prix d'achat, mais pas au delà des forces de la succession allodiale. Cette disposition qui n'est

(1) Cf. von Rössing, p. 29 et seq.; Beseler, *Deutsches Privatrecht*, II, § 174.

(2) Grossmann, p. 176; Rössing, p. 42.

(3) § 16.

pas sans analogies historiques (1) constituait, à l'époque où elle était émise, une très forte dérogation au droit en vigueur dans le Hanovre, c'est-à-dire le droit romain (2). Comme on l'a fait remarquer, c'était accorder à l'héritier du Stammgut (Stammerbe) un bénéfice d'inventaire légal, dispensé de l'obligation des formalités ordinaires (3).

D'après le § 17, certaines aliénations sont exceptionnellement permises avec l'assentiment des agnats. Ce sont des aliénations partielles mais qui ne doivent pas nuire à l'ensemble, là où des biens de même rapport que les parties aliénées doivent être acquis en remplacement. Le Stammgut n'est pas toutefois soustrait aux ventes forcées requises par les créanciers (4) ; mais il ne peut être vendu qu'en bloc. Les agnats sont toujours maîtres d'empêcher la subhastation en offrant un prix égal à la pleine valeur du bien (5).

Ce système nouveau de garantie des droits des descendants et des agnats, n'a pas toutefois fait disparaître l'ancien. Le retrait tel que l'avait organisé l'ancien Ritterrecht existe encore pour les Stammgüter soumis à celui-ci. La loi du 24 septembre 1872 (6) qui supprimait en

(1) L'héritier du propriétaire qui avait aliéné sans le consentement de ses proches pouvait faire valoir son Beispruchsrecht sans être tenu à l'égard de l'acquéreur autrement que sur les meubles de la succession. Cf. *suprà*.

(2) Wachsmuth ; Lehn, Fideikommiss und Stammgut nach der neueren hannoverschen Gesetzgebung (*Magazin für hannoversches Recht*, t. VIII, p. 10). Cf. sur les législations civiles applicables dans les diverses régions de l'Allemagne jusqu'au 1^{er} janvier 1900, Gerber-Cosack, § 16 et Schröder, *Rechtsgeschichte*, 4^e carte.

(3) V. Rössing, p. 29.

(4) § 23.

(5) § 27.

(6) Cf. *suprà*, p. 88, texte et note 3 (G. S., 1873, p. 2). Grossmann, p. 177, *Drucksachen des Herrenhauses*, 1871-1872, n° 10 ; *Drucksachen des Abgeordneten Hauses*, 1871-1872, n° 267.

Hanovre les droits de préemption et de retrait encore existants contenait dans son § 3 une dérogation en faveur des Vorkaufs-et Retraktsrecht de la Ritterschaft du duché de Brême relativement à ses Stammgüter. A la Chambre des seigneurs l'exception fut admise sans difficultés. On avait fait valoir qu'elle devait disparaître sous peu, faute d'aliment. La dérogation apportée serait peu considérable, disait-on, n'étant applicable qu'à un cercle étroit d'intéressés. D'autre part il importait de la maintenir en faveur de la Ritterschaft dont les biens se trouvaient encore soumis à l'ancien Ritterrecht, elle faisait corps avec le régime spécial des biens organisé par celui-ci. A la commission de la Chambre des députés, on nia le rapport du droit héréditaire des agnats et du retrait. Avait-on jamais soutenu en 1850 lors de la confection de l'Ablösungsgesetz et soutenait-on maintenant que le retrait féodal devait être maintenu aussi longtemps que subsisterait le régime successoral des fiefs ? On ajoutait enfin que la loi ne devait pas s'occuper d'institutions intéressant un très petit nombre de personnes. On retournait contre les partisans de l'exception l'argument qu'ils faisaient valoir en sa faveur. La Chambre des députés ne se rallia pas à l'opinion de sa commission et, sur la motion de Windhorst, admit le § 3 dans sa rédaction actuelle (1). Il est pour les intéressés un moyen simple de libérer leurs actes de disposition sur Stammgut de la surveillance agnatique (2) : c'est, conformément aux dispositions de la loi du 17 juin 1848 sur la limitation du Beispruchsrecht dans les duchés de Brême et de Verden, de faire opérer à l'égard de leur immeuble une sorte de purge (3).

(1) Von Rössing, p. 25.

(2) Cf. Rössing d'après Ziebarth, *Druckbogen des Hannoverschen Partikularrechts*, § 74.

(3) Elle résulte d'une vente aux enchères faite devant le tribunal ou par devant notaires. A l'expiration de certains délais, le Beispruchs-

Le Stammgut ne peut être hypothéqué que jusqu'à concurrence de la moitié de sa valeur (1); l'Erbstamm doit rester libre; on entend par Erbstamm le préciput de l'héritier qui succède au Stammgut (2), préciput qui ne lui est pas d'ailleurs attribué sans obligations ni devoirs. Ce préciput comprend (3) : l'ensemble des bâtiments, le droit de chasse et de pêche, certains droits honorifiques (4), enfin la moitié de la valeur du Stammgut, déduction faite de la valeur des droits précédents. Sur cet Erbstamm l'héritier doit acquitter le douaire de la veuve, le cas échéant certaines rentes à titre de soulte aux enfants du dernier propriétaire sans que toutefois les prestations annuelles puissent dépasser 1/3 du revenu net de l'Erbstamm. L'Erbstamm est soustrait à toute autre dette.

D'après les statuts de Calenberg, Göttingen, Grubenhagen, le Stammgut est en général inaliénable. Même les aliénations avec subrogation de biens de même valeur ne peuvent avoir lieu que du consentement des descendants et des agnats (5).

L'héritier peut revendiquer tout bien aliéné dans d'autres conditions dès qu'il est appelé à la succession. Est-il de plus héritier allodial du *de cuius* qu'il doit rembourser à l'acquéreur le prix de vente et de plus les impenses prouvées augmentant d'une façon durable le revenu du bien (6).

recht est éteint. Cf. la lointaine analogie que peut fournir l'article 838 *in fine* du Code de procédure français.

(1) § 19.

(2) Je me trouve forcé d'anticiper sur l'exposé du régime successoral des Stammgüter qui fera l'objet d'un paragraphe spécial.

(3) Stobbe, § 320, texte et note 24.

(4) Chaise à l'église, sépulture, etc.

(5) § 87, 92.

(6) L'héritier non allodial qui n'a pas à rembourser, en intentant sa revendication, le prix d'acquisition, est-il tenu du moins au remboursement de ces impenses ? Dans le sens de l'affirmative, v. Rössing, p. 34. *Contrà* : Wachsmuth, t. VIII du *Magazin für hannoversches*

L'espèce de bénéfice d'inventaire légal du statut de Brème n'a pas été adopté par nos statuts.

Les seuls revenus du Stammgut peuvent être affectés à l'acquittement de dettes et cela seulement dans certains cas déterminés. Grèvent les revenus, les dettes contractées *a)* en vue de doter les fils et filles du dernier propriétaire ou de leur payer une soulte, *b)* en vue de faire face à une dépense nécessaire pour maintenir le Stammgut en bon état, *c)* en vue de l'améliorer et de l'agrandir. L'amortissement de la dette doit être assuré dans un délai de 60 ans (1).

En cas d'insuffisance de la fortune allodiale du précédent propriétaire, il doit être pourvu à un douaire ou à une dot des filles d'une façon conforme à leur situation sociale, sans que toutefois la charge grevant de ce fait le Stammgut lui-même puisse dépasser un certain maximum d'ailleurs peu élevé (2).

La structure donnée par ces statuts hanovriens aux Stammgüter a singulièrement modifié la vieille institution pour la rapprocher de celle des fidéicommiss. Il était encore aisé de voir dans le retrait des agnats tel que l'organisait pour tous les Stammgüter le vieux Ritterrecht une parenté avec l'ancien Beispruchsrecht ; le droit de revendication qui appartient désormais aux agnats lors du décès du propriétaire aliénateur se rapproche plus du régime du fidéi-

Recht, p. 24 ; d'ailleurs la question qui pouvait être pratique à l'époque où Wachsmuth écrivait, a cessé de l'être (comme le fait remarquer M. de Rössing), depuis l'introduction du livre foncier.

(1) Cf. sur tous ces points, v. Rössing, p. 34, p. 42 ; Grossmann, p. 179 et seq.

(2) Un tiers de la valeur en capital, fixé d'après le revenu net du bien, Grossmann, p. 180. Cf. sur les dispositions insuffisantes des Stammgüter de la principauté de Lüneburg, v. Bülow, *Zeitschrift für hannoversches Recht*, Bd VIII, p. 234, p. 247 ; Grossmann, p. 181 et 182 ; Rössing, pp. 38, 39, 40.

commis et n'a conservé avec le Beispruchsrecht que la parenté assez lâche que peut avoir gardée elle-même l'institution du fidéicommis avec celui-ci.

Que faut-il décider à l'égard des autres Stammgüter, de ceux de la haute noblesse ? Quel est le caractère du droit des agnats ? Faut-il y voir l'expression d'un droit de propriété appartenant à la famille comme telle, en tant que personne juridique, ou n'y faut-il voir qu'un *jus in re aliena* compétant à chacun des agnats en particulier ? En d'autres termes le vieux Beispruchsrecht s'est-il en quelque sorte condensé au point de faire disparaître la propriété individuelle du titulaire ? Ne doit-on pas plutôt voir dans la nécessité du concours des agnats que l'expression affaiblie de l'ancienne Gesamteigentum de la famille, le titulaire actuel restant propriétaire mais propriétaire vinculé.

Sur ce point graves controverses. Elles sont d'ordre plutôt théorique que pratique, c'est comme disent les Allemands une affaire de construction juridique. Les Hausgesetze et les constitutions donnent le plus souvent en effet sur le côté pratique de la question tous les éclaircissements désirables.

L'auteur qui le premier émit cette théorie de la personnalité juridique de la famille de la haute noblesse est Beseler (1). Voici sa thèse dans son expression la plus récente. La famille de la haute noblesse est une Rechtsgemeinschaft pourvue de la personnalité juridique, une corporation ; la fortune de la famille, le Stammgut de cette famille constitue le patrimoine d'une personne juridique (2).

(1) *Erbverträge*, II, 2, 1, 106. Adde du même *Deutsches Privatrecht*, § 170 et la réponse aux critiques de Mejer dans la *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, IV, p. 540. *Die Familie des hohen Adels als corporative Genossenschaft*.

(2) « Corporationsvermögen », *Zeitschrift*, p. 541. Beseler a qualifié

Ce caractère de corporation ne s'affirme pas seulement dans le régime des biens; il ne se traduit pas seulement dans l'inaliénabilité du bien de famille. Il apparaît aussi dans le régime juridique exceptionnel auquel se trouvait soumise cette famille dès le moyen âge relativement à ses membres et relativement à ses biens. Déjà l'ancienne jurisprudence reconnaissait que l'on se trouvait ici en présence d'une évolution particulière à l'abri du droit romain, ce qui manquait pour l'explication de ces dérogations c'était le principe directeur qui, dominant toute la matière, se manifestât dans les diverses institutions « Dieses Princip, dit Beseler (1), glaube ich in der corporativen Verfassung des Hauses (des Gesamthaus und der einzelnen Linien) richtig erkannt und aufgedeckt zu haben ». Ce principe Beseler croit l'avoir trouvé dans l'organisation de la famille de la haute noblesse en tant que personne juridique. Sans doute l'évolution ne se fit pas en un jour; elle ne s'accomplit que progressivement; il y eut une série d'étapes.

Ce qui est vrai de toutes les institutions spéciales à la haute noblesse dans lesquelles la notion de personnalité morale s'est progressivement affirmée est vrai également du régime spécial des biens de grandes maisons, de leurs Stammgüter. Lorsque au cours du second moyen âge apparut dans la famille souveraine l'intention d'attacher plus intimement la fortune à la famille, et notamment d'empêcher des partages prenant un développement menaçant, on chercha à atteindre ce but par des mesures isolées. Renonciation des filles, d'autres procédés encore, au nombre desquels figuraient notamment et en bonne part les Ganerbschaften, constituèrent autant de moyens

son article fait pour défendre sa théorie à l'encontre de la révision de Mejer de « Superrevision ».

(1) P. 541 de la *Superrevision*.

pour atteindre le but cherché. Dans les *Ganerbschaften* et la *Gesamnteigentum* notamment commençait à s'affirmer le principe de l'organisation spéciale des grandes familles. Les *Hausgesetze* avec leurs règles de dévolution successorale tendant à concentrer autant que possible la fortune familiale sur la tête d'un seul firent le reste.

L'autonomie fut pour les grandes familles une arme précieuse dans l'organisation de ce régime à part, elle fut un moyen et elle est en même temps un signe, elle constitue la caractéristique de l'organisation corporative de la grande famille. L'autonomie est en effet le droit de légiférer propre aux corporations. Ce n'est pas tout, le caractère de corporation de la grande famille se manifeste encore dans certains actes juridiques particuliers, surtout dans ces ententes conclues pour un laps de temps indéterminé et dont les membres des grandes familles seront les bénéficiaires temporaires. C'est le cas de ces pactes successoraux ou institutions contractuelles réciproques de deux familles, appelées *Erbverbrüderungen*.

Le dernier terme de l'évolution réside dans la primogéniture qui introduit la transmission intégrale sous sa forme la plus accomplie. La maison forme désormais une personne juridique organisée d'une façon précise, son *Stammgut* est le patrimoine d'une personne morale (1).

(1) Cette théorie présentée pour la première fois dans l'ouvrage de Beseler sur le *Erbverträge* n'a pas acquis tout d'abord une grande faveur parmi les juristes. Il n'est pas de meilleur garant de cette constatation que Beseler lui-même, p. 551 de la *Superrevision* : « Nun gebe ich gerne zu, dass sie (la théorie de Beseler) sich nur langsam Bahn gebrochen hat. » Depuis elle a rencontré plus de faveur chez les auteurs de droit public et de droit privé. Parmi eux, il faut citer 2 élèves de Beseler, Lewis Article Adel dans le *Rechtslexikon d'Holtzendorff*, I, p. 43, de même que dans son ouvrage classique sur les fidéicommiss, pp. 35, 41, 93-107 ; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868, 1^{re} partie, p. 315, 2^e partie, p. 912, — avec plus de détails dans la très intéressante réponse à l'article de Meyer dans la *Zeitschrift für das Privat*

Mejer a nié l'évolution décrite par Beseler ou plutôt il a cherché à en réduire l'importance en faisant remarquer que la totalité des grandes souverainetés laïques et ecclésiastiques étaient fiefs d'Empire, et que bon nombre de souverainetés moins considérables avaient également cette qualité. Pour toutes ces souverainetés c'étaient les principes du droit féodal qu'il fallait appliquer. Or celui-ci prohibait l'aliénation sans le consentement des héritiers présomptifs (Anwärter) et du suzerain (1). On obtenait ainsi l'inaliénabilité sans que les intéressés aient eu à agir ; l'indivisibilité et une dévolution successorale *ad hoc* seules sont le produit de l'activité de ceux-ci. Les propriétés allodiales formaient tant au point de vue du nombre qu'au point de vue de l'étendue une minorité peu importante.

A cela Beseler a répondu avec raison que le droit spécial de la famille de la haute noblesse ne se résume pas dans le seul droit relatif aux biens et que celui-ci lui-même ne se résume pas lui-même dans le principe de l'inaliénabilité du bien de famille. Dès le deuxième moyen âge les membres des familles de la haute noblesse avaient relativement au mariage (3), au droit de famille, aux relations pécuniaires entre époux, au droit successoral des règles

und öffentliche Recht der Gegenwart, t. V, p. 557 et seq.). En dehors de ces auteurs, il convient de citer Heffter, *Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands*, Berlin, 1871, p. 74 ; Schulze, *Das deutsche Fürstenrecht*, dans l'*Encyclopédie d'Holtzendorff*, p. 1363. — Enfin Rosin, dans l'article souvent cité, p. 337, texte et note 11. — *Contrà*, Heusler, *Institutionen*, t. I, § 56 ; Gerber-Cosack, § 74, texte et note 8 ; Stobbe-Lehmann, § 196 ; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, p. 252 ; Mejer dans l'article du tome V de la *Zeitschrift für das Privat etc.*, et tome VI, p. 201 ; Sohm, *Deutsche Juristenzeitung*, 1899, p. 11.

(1) *Loc. cit.*, p. 242, 243.

(2) P. 541 de la *Superrevision*. Cf. p. 543.

(3) Ebenbürtigkeit exigée des futurs conjoints.

spéciales formant un tout assez compact respecté des anciens juristes et de leurs tendances romanistes.

En matière de « Güterrecht » sans doute là où la limitation à la faculté d'aliéner existait, l'activité juridique des hautes familles n'avait pas à s'exercer. Tel était le cas en matière de fief, et également en matière d'alleu (Beispruchsrecht). Mais ces limitations n'avaient qu'un effet restreint, notamment en matière de fief le cercle des Anwërter se trouvait réduit du fait de cette particularité du droit féodal germanique qui n'admettait à la succession que les descendants du dernier vassal. La famille pouvait aisément se trouver atteinte dans ses assises foncières. Enfin avec le développement des souverainetés locales le caractère de fief tendit à s'effacer, ce n'était plus qu'une forme portant peu atteinte à la liberté d'aliéner de la famille. Le champ ouvert au droit de disposition de celle-ci était donc considérable.

La famille de haute noblesse fit usage de la faculté d'émettre des règles juridiques qui lui était laissée. Les moyens employés différèrent avec les époques. D'actes isolés, on en vint peu à peu à des règles plus fermes. L'autonomie naissait ainsi progressivement et avec elle se développait la notion de la personnalité civile (1) de la famille. Il y eut là un développement parallèle de la forme du droit et du fond du droit, — la précision de l'un profitait à l'autre, ce que l'un gagnait en force, l'autre en profitait également — jusqu'au terme final de l'évolution où l'autonomie apparut dans toute sa force comme le droit pour une personne juridique (la famille de haute

(1) Beseler emploie indifféremment les expressions « Rechtsgemeinschaft mit juristischer Persönlichkeit », « Corporation », « corporative Genossenschaft ». Toute la richesse de la langue allemande peut sur ce point se donner carrière. Beseler déclare d'ailleurs que c'est moins à la terminologie par lui employée qu'il faut s'attacher qu'à la théorie qu'il soutient, p. 541.

noblesse) de poser des règles ayant force de loi (1).

Le point sur lequel Mejer (2) a insisté avec le plus de complaisance dans sa révision de la théorie Beseler et celui sur lequel ses adversaires lui ont le plus longuement répondu est le suivant. Beseler dit que l'on s'est habitué à considérer la famille de haute noblesse comme une personnalité juridique; « on » est vague, d'après Mejer et a besoin d'être précisé. « On » ne peut avoir en vue que les familles de haute noblesse elles-mêmes, et les juristes qui s'occupaient du droit spécial à ces familles.

Or les familles de la haute noblesse ignorent absolument dans leurs Hausgesetze cette personnalité juridique de la famille; elles reconnaissent bien plutôt que l'Hausgut est la propriété de chacun de ses titulaires. Et Mejer en donne comme preuve les faits suivants. Les Hausgesetze dans leur grande majorité sont de date plus récente que les institutions de fidéicommiss de la petite noblesse; ce ne sont souvent elles-mêmes que des constitutions de fidéicommiss, elles en portent fréquemment le nom (3). Si

(1) Beseler (*Superrevision*, p. 544), dans cette esquisse dont tous les termes ont été soigneusement mesurés et qui sont le résumé de l'exposé de la doctrine contenue dans son livre sur les Erbverträge, II, 2, § 75, échappe à un deuxième reproche que quelques mots imprudents du paragraphe 170 de son *Deutsches Privatrecht* lui avaient fait encourir de la part de O. Mejer (notamment p. 245). Il décrivait la transformation progressive de la famille en personne juridique et comme conséquence de l'évolution l'*acquisition* de l'autonomie par la famille de la haute noblesse. Cela laissait supposer qu'auparavant la famille n'avait pas l'autonomie, et comme toute l'évolution reposait sur l'emploi des règles de l'autonomie, il s'ensuivait que la famille, personne morale, acquérait ce qu'elle avait déjà, l'autonomie était à la fois cause et effet d'un même événement, la création de la personnalité morale de la famille de haute noblesse. En montrant la croissance parallèle de la personnalité morale et de l'autonomie Beseler a évité ce reproche. Cf. Gierke, p. 565.

(2) P. 245 et seq.

(3) A l'appui de son argumentation Mejer invoque les Hausverfassungen reproduites par Heffter en appendice à son ouvrage sur les Sonderrechte, ainsi que celles contenues au tome I du grand ouvrage

l'inaliénabilité du bien de famille résultant de la conception d'une personnalité plus haute dominant celle du titulaire actuel avait été admise, à quoi bon ces fondations de fidéicommis? A la vérité, toutes les Hausgesetze ne peuvent pas être assimilées à la constitution d'un fidéicommis, mais dans celles-là même ne permettant pas l'assimilation, il n'y a pas un seul mot d'où il puisse résulter que la famille comme telle ait eu la propriété des biens (1). Il ne faut pas se laisser abuser par la terminologie des Hausgesetze; l'expression « Haus » ne désigne pas une personnalité, mais constitue un nom collectif pour désigner les membres de la famille; la formule « Güter des Hauses » ne désigne pas les biens d'une personne morale, mais, seulement les différentes masses de biens appartenant aux membres de la famille.

A cela Beseler répond fort justement que d'après l'exemple de Knipschild l'expression de fidéicommis eut un grand succès au XVII^e siècle, on l'appliquait à tout bien soumis à une prohibition d'aliéner sans s'inquiéter de l'origine (2) de la prohibition. Dans son sens étroit le mot ne devait s'appliquer qu'à un bien inaliénable en vertu d'une décision spéciale de son propriétaire. C'est cette inaliénabilité qui constitue la caractéristique de la qualité de fidéicommis, quoique à cela s'ajoute d'ordinaire la prescription d'une transmission successorale intégrale avec préférence de l'âge et du sexe. La constitution d'un fidéicommis n'est donc pas l'expression de règles autonomiques, d'une sorte de disposition législative, elle ne comprend que les

de Schulze sur les Hausgesetze, et du même *Das Recht der Erstgeburt*, p. 400.

(1) Mejer invoque ici l'autorité de *Duncker Gesamteigentum*, p. 130, 134.

(2) Cf. *suprà*, p. 120, note 2, sur la confusion qui règne au XVII^e siècle entre le Stammgut et le fidéicommis. Cpr. Gierke, 580, 581.

biens et ne vise pas la famille comme telle. Celle-ci est visée au contraire dans les statuts des maisons de la haute noblesse et ce, en raison de leur personnalité juridique.

Ce sentiment de sa personnalité juridique la famille de la haute noblesse ne l'avait pas d'après Mejer. Beseler entreprend de démontrer le contraire (1). Le mot *Haus* n'est pas simplement une expression collective pour désigner les membres de la famille, pas plus que l'expression « *Güter des Hauses* » ne désigne les différentes classes de biens appartenant aux divers membres de la famille. Autant dire, fait remarquer Beseler (2), que quand une loi municipale emploie les expressions « ville, commune », elle vise chacun des citoyens et par l'expression « biens de la ville » les biens de chaque particulier (3).

M. Gierke (4) s'est efforcé de réfuter plus longuement

(1) P. 546, cpr. Gierke, p. 566.

(2) P. 546.

(3) Beseler avait invoqué à l'appui de sa doctrine, différents textes, entre autres le paragraphe 29 de la Constitution saxonne de 1831 ainsi conçu « *Das königliche Hausfideikommiss ist Eigentum des königlichen Hauses* ». Cf. Beseler, *Deutsches Privatrecht*, § 172, note 10 de la 3^e édition. Mejer avait vu dans ce dernier exemple un « *Armuthszeugniss* » certificat d'indigence que Beseler se délivrait à lui-même, la constitution ayant voulu tout simplement exprimer que la propriété de la maison royale ne faisait pas partie de la fortune de l'Etat. D'ailleurs on ne saurait tirer d'un document datant de 1831 une preuve ayant une valeur générale surtout pour l'époque où il serait nécessaire de la fournir. Beseler répond que les cas par lui cités ne l'avaient été qu'« *exempli causa* » et invoque comme exemples les *Hausgesetze* citées par Klüber, *Oeffentliches Recht des deutschen Bundes*, 4 Aufl., § 333, note d et *Zöpfel Grundsätze des deutschen Staatsrechts*, II, § 485, note 5.

Au surplus l'argument de Beseler n'est pas bien probant ; le mot ville ou commune peut désigner la personne morale, il peut aussi désigner simplement la collectivité des habitants. Avec l'argument d'analogie la question ne fait donc pas le pas décisif que semble lui attribuer Beseler « *Eine Widerlegung dieser ganz willkürlichen Auslegung*, dit-il, en parlant du commentaire donné par Mejer à la constitution saxonne de 1831, *wird nicht weiter nötig sein*, p. 546.

(4) P. 566.

Mejer. La notion de personnalité juridique de la famille noble apparaît, d'après cet auteur, dès le XIV^e siècle ; non pas sans doute dans toute sa force, mais enfin sous des aspects qui n'en sont pas moins intéressants. Elle se montre à nous dans l'évolution de l'autonomie, attestant, par les termes mêmes dont on s'est servi dès l'époque la plus reculée pour désigner celle-ci, la conscience qu'avaient les intéressés des règles spéciales qu'ils édictaient (1). Elle se montre encore à nous cette personnalité juridique dans l'*Hausverfassung* réglementant minutieusement la situation juridique des parents, soumettant la famille à une organisation sévère, prévoyant la constitution de tribunaux de famille spéciaux. Une évolution en cette matière s'accomplit que l'on peut suivre jusqu'à notre époque. « Es gibt neueste Hausverfassungen, dit Gierke, p. 561, welche das Majoritätsprincip und representativen Familienrath eingeführt haben. » Peut-on dire que des familles ainsi organisées n'aient pas le sentiment de former un tout, une personnalité juridique ?

Ce sentiment apparaît encore, selon M. Gierke, dans une série de dispositions du droit de la haute famille prescrivant la soumission de chaque membre à l'autorité de la famille, la limitation du droit de chacun en faveur de l'intérêt de l'ensemble. Toutes ces dispositions ont reçu leur expression dernière dans les lois de la dévolution successorale prescrivant la primogéniture.

Enfin ce n'est pas seulement à l'intérieur dans les rapports des membres les uns à l'égard des autres qu'apparaît cette unité de la famille, mais aussi à l'extérieur par rapport aux étrangers. Les « *Erbverbrüderungen* » considérés dès l'abord comme contrats entre deux familles en fournissent la preuve la plus décisive (2).

(1) Statut, *Beliebung*, *Gesetz*, *Ordnung* et enfin en dernier lieu *Hausgesetz*. Cf. pour les époques les *Hausgesetze* citées par Gierke, p. 567, note 74.

(2) C'est l'argument le plus frappant.

Il n'y a pas lieu de s'étonner qu'on ait vu dans la famille le propriétaire de la fortune. Sans doute il n'y eut point à cet égard de théorie savamment construite, on ne songea pas à opérer formellement une expropriation des êtres vivants de la famille au profit d'une personne fictive. Mais on voyait dans les rapports des membres de la race avec les biens de celle-ci mieux qu'une collection de droits individuels indépendants. Au-dessus du droit passager et limité de chacun planait le droit durable et illimité de la famille, envisagée comme un tout immuable dans le flux des générations, mais trouvant pour chaque cas spécial son expression dans la collectivité des membres de la famille en pleine possession de leurs droits (1). On considérait le droit de famille en raison de sa durée et de sa force comme un droit de propriété sur la substance, les membres de la famille eux-mêmes n'ayant que l'usage et la jouissance de cette propriété.

Mejer avait nié que les familles de haute noblesse eussent conscience de ce droit de la famille. Beseler l'avait à peine réfuté sur ce point ; Gierke cite une quantité imposante de Hausgesetze à l'appui de son argumentation. Dès le moyen âge on trouve dans bon nombre de ces Hausgesetze que les biens appartiennent « à la race et au nom », « à la lignée masculine », « à la race » et doivent continuer à lui appartenir à perpétuité (2). A partir du XVII^e siècle c'est la « maison » (Haus, Gesamtthaus) qui en dernière analyse apparaît comme sujet du droit. Notre époque, lors des nouvelles rédactions des Hausgesetze et lors de la ré-

(1) Gierke, p. 569.

(2) « Stamm und Namen » « Mannsstamm » « Geschlecht », dans l'acte de partage bavarois de 1392 cité par Gierke, note 15, d'après Schulze, I, p. 268, il est dit « also daz unser aller land u. leute alzeit bei dem Namen und Fürstenthumb zu Bayrn beleiben ». Cf. autres sources citées par Gierke, à la même note.

glementation législative du régime juridique de l'ancien Kammergut, attribue avec plus de précision encore la propriété de la substance à la famille, à la famille régnante.

Lors de la fixation du sort de l'ancien Kammergut, c'est la maison qui a figuré au règlement vis-à-vis de l'Etat. Les paragraphes 102 et 108 de la constitution Wurtembergeoise de 1819 disent du Hofdomänen Kammergut « es ist ein Privateigentum der Koniglichen Familie, dessen Verwaltung und Benützung dem Könige zusteht (1) ». De toutes les dispositions citées par M. Gierke, la plus caractéristique est celle formulée par la législation du grand-duché de Saxe-Cobourg-Gotha. L'Hausgesetz du 1^{er} mars 1855 (art. 20-78) après énumération des éléments de la fortune de la famille grand-ducale, pose la règle suivante : « Le Domänengut est propriété de la maison ducale de Saxe-Gotha, les éléments du patrimoine cités sous les n° 2-6, sont propriété de la maison particulière ducale de Saxe-Cobourg-Gotha. » Indépendamment de cette fortune spéciale la loi compte encore la fortune privée du duc (art. 79-81) (2). En Prusse, la propriété du Kronfideikommiss est attribuée à la famille royale en tant que famille. C'était également l'opinion émise dans la consultation des juristes appelés à donner leur avis dans l'affaire de la souveraineté de Schwedt(3). « Nach der Auffassung des preussischen Rechts, dit cette consultation, erscheint hier gar nicht der König für seine Person, sondern die königliche Familie in ihrer

(1) Gierke, p. 571, d'après Zacharie. La constitution ne faisait d'ailleurs que formuler une règle depuis longtemps existante. Gierke, note 21.

(2) Gierke, note 24.

(3) Un procès s'était élevé entre la Couronne et l'Etat prussien au sujet de l'attribution de cette Herrschaft. Il fut, après de longs débats, résolu en 1872 au profit de la Couronne. — Cf. sur la consultation, Beseler, p. 556 ; Gierke, p. 573.

Gesammtheit, als corporative Einheit, als Eigenthümerin dieses Hausvermögens (1). » Les deux plaideurs étaient la famille royale et l'Etat, quoique leur représentant légal fût la même personne physique, à savoir le roi de Prusse.

Et toutes ces dispositions modernes ne font que consigner un état d'âme séculaire, parfois il est vrai mal dégagé. La cohésion familiale de la famille de haute noblesse ne s'est pas en effet toujours affirmée sous la forme de la personnalité morale. Elle a commencé d'après M. Gierke (2) à revêtir la forme imparfaite de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand*. Mais qu'est cette *Gemeinschaft*, sinon la négation de la propriété individuelle et dès lors est-il vraisemblable qu'au cours d'une évolution qui tendait à développer les germes contenus dans la *Gemeinschaft*, on en soit arrivé à la propriété individuelle du chef de maison ? Car le *Hausgut* moderne n'est souvent sorti que de la *gesammte Hand*. Les *Hausgesetze* n'ont fait qu'élever à sa plus haute puissance la pensée contenue dans la communauté de famille. La différence réside seulement dans une expression plus forte de la personnalité de la maison et dans la structure plus rigoureuse de l'unité de sa représentation. Si l'on a pu passer très souvent sans transition de la communauté de famille sous la direction de l'aîné à la primogéniture, c'est que la transformation ne signifiait pas attribution en propre au chef de famille, mais simple attribution de jouissance laissant intacts les droits de la race.

D'après Mejer ce ne sont pas seulement les intéressés qui n'ont aucune conscience de cette personnalité juridique de la famille de haute noblesse, mais encore les juris-

(1) Annexe A de la Chambre des députés, 1876, n° 349.

(2) P. 575.

tes eux-mêmes qui se sont occupés du droit de ces familles (1). Comment alors voir dans une classe une coutume dont ni les membres de cette classe, ni les juristes compétents en la matière n'ont connaissance. « Il y a bien une chaleur latente ou une fièvre latente, mais il n'y a pas de droit coutumier latent (2). » Beseler (3) et surtout M. Gierke (4) ont fait valoir en réponse, l'un que certains juristes, notamment Pütter, s'étaient approchés de la vérité et qu'au surplus la découverte tardive de la saine notion d'une institution juridique ne permet pas de mettre en suspicion le caractère de la coutume sur laquelle elle repose, l'autre que le tableau présenté par Mejer des vues de l'ancienne jurisprudence est inexact, que dès alors la véritable théorie se dégageait quoique péniblement. Sur un point elle se dégageait avec beaucoup plus de netteté, c'était en matière d'Erbverbrüderungen ; on considérait les familles comme contractantes (5) ; on y voyait des *corpora*. C'est à cette famille qualifiée *universitas* que l'on attribuait la propriété de l'Hausvermögen encore que sous l'influence de l'esprit envahisseur de la théorie des fidéicommiss avec Knipschild on se soit trop servi d'idées juridiques étrangères à une institution qui en raison de son « fini » pouvait aisément s'en passer. L'idée du fidéicommiss eut assez d'extension pour pouvoir comprendre les institutions les plus disparates. Toutefois, comme on l'a vu, on s'attachait à réserver l'expres-

(1) P. 249 et seq.

(2) *Loco citato*.

(3) P. 547.

(4) P. 582.

(5) Speiermann, *De justitia confraternitatis publicæ*, § 13 ; « *contractus inter familias*, § 30 ; *familia, contrahit als corpus quod communi universæ cognationis jure continetur* », § 31 « *collective* » et les autres auteurs cités par Gierke, p. 583, note 52.

sion de fidéicommiss au sens étroit à un bien vinculé en vertu d'un acte spécial de volonté individuelle.

Un point toutefois est certain, c'est qu'à côté de la doctrine qui voyait dans le titulaire d'un fidéicommiss un propriétaire vinculé, s'en développaient d'autres qui toutes tendaient avec une terminologie variée à attribuer à celui-ci des droits moins forts qu'à la famille (1). Cela ne se pouvait que grâce à la réaction qu'exerçait sur la théorie du fidéicommiss celle de l'Hausgut que l'on y avait mêlée (2). L'influence s'en fait sentir jusque dans les monuments législatifs de l'époque (3). Lorsque de nos jours on s'aperçut de l'impossibilité de la construction pour le fidéicommiss on ne la maintint pas moins avec énergie pour le Stammgut de la haute noblesse. Toutefois ce fut Beseler qui le premier dégagea l'idée avec précision.

En dernier lieu Mejer s'attaque à la théorie de l'autonomie que Beseler avait présentée comme l'élément créateur de la corporation et en même temps comme expression de cette création (4). D'après Mejer l'autonomie de la haute noblesse n'est pas le droit appartenant à une personne juridique d'émettre des règles obligatoires pour ses membres, mais seulement le droit pour le chef de famille de prendre des dispositions obligatoires pour ses descendants. En parlant d'une autonomie compétant à la famille de haute noblesse la langue ordinaire veut exprimer par là l'idée que ce sont les cercles de la haute noblesse pour lesquels les règles autonomiques sont en vigueur. On ne saurait conclure de là au titulaire de l'autonomie et le voir dans la famille même. Si la haute noblesse avait autrefois l'autonomie, cela tenait à son pouvoir législatif, mais ce

(1) « Ususfructus dominium utile. »

(2) Gierke, p. 587.

(3) Par exemple le *Landrecht prussien*, II, 4, §§ 72 et 73.

(4) P. 254 et seq.

pouvoir qui l'exerçait ? Le chef de famille et lui seul. Il n'étendait pas son action sur tous les membres de la famille régnante ; ceux-ci en effet étaient sujets immédiats de l'Empereur. Ce n'était pas en vertu de sa souveraineté que le monarque émettait des règles obligatoires pour les membres de la famille ; ce droit il ne l'avait qu'à l'égard de ses descendants ; à l'égard d'autres que ceux-ci les dispositions du chef de famille n'avaient pas plus d'effet qu'un acte de droit privé. Il fallait le consentement des autres membres et ce consentement obligeait leurs descendants avec toute la force d'une règle législative.

A cela Beseler répond que si la qualité de Landesherr (souverain) du chef de famille avec le droit de légiférer qui en résulte a pu exercer une heureuse influence sur le développement de l'autonomie, il n'en est pas moins vrai qu'il y a là deux choses distinctes que l'ancienne jurisprudence à la vérité confondait, mais que depuis Schultzer on s'est habitué à séparer.

Que faut-il penser de cette théorie de la personnalité juridique de la famille de haute noblesse ? En dépit de toute l'autorité de Beseler et de M. Gierke, de tout le talent avec lequel ils l'ont défendue, des intéressants développements qu'ils lui ont consacrés, elle ne me paraît pas pouvoir être admise.

On ne saurait méconnaître évidemment que dans ces grandes familles dont beaucoup ont joué un rôle historique important, il n'y ait une grande cohésion et une sorte de perpétuité de fait. En présence surtout de nos familles modernes si réduites et si instables (1), ces familles de

(1) Cf. à ce sujet les intéressants développements de M. Raoul de la Grasserie dans la *Réforme sociale* de 1898, 2^e volume, p. 254 : « *De l'indisponibilité et de l'indivisibilité totales et partielles du patrimoine* ». En France, lors de la discussion de la loi de 1896 sur la simplification

haute noblesse avec tout leur cortège d'agnats, leur forte et imposante hiérarchie offre un contraste des plus frappants. Mais, y a-t-il là plus qu'une forte cohésion morale, faut-il y voir une unité juridique absorbant l'individualité de chacun dans le grand tout d'une personne morale ? Je ne le pense pas. Une personnalité morale ne se comprend qu'avec des droits et des devoirs distincts de ceux des membres qui la composent. Or ce n'est pas le cas ici, les droits appartiennent aux membres de la famille comme tels, de même que les obligations pèsent sur eux en la même qualité. Sans doute, on voit l'intérêt de la famille en tant que collection de personnes dominer l'intérêt contingent ou passager de tel ou tel membre, mais de l'intérêt, on ne saurait conclure au droit. C'est à la satisfaction de cet intérêt qu'ont servi les différents actes usités au cours de l'histoire de la famille noble pour assurer le maintien de son éclat, l'exclusion des filles, la primogéniture, pratiques rendant la conception d'une personne morale parfaitement inutile (1).

Est-il admissible d'ailleurs qu'on se soit dégagé de la notion patrimoniale de la souveraineté de la famille pour en revenir à une idée analogue sous une forme aggravée ? Tout ne proteste-t-il pas contre ce retour en arrière ? L'évolution n'est-elle pas au contraire très nettement orientée dans le sens de la propriété individuelle du chef de famille, propriété impliquant des devoirs juridiques envers ceux qui se trouvent contraints par des vues supérieures de faire taire les droits du sang ? Le chef de fa-

de formalités du mariage on a fait valoir l'argument affligeant, que la simplification s'imposait, beaucoup de descendants se trouvant dans l'impossibilité de requérir le consentement de leurs ascendants (surtout du 2^e degré) dans l'ignorance où ils se trouvaient du domicile de ceux-ci. Une procédure spéciale a même été introduite à cet effet, dans la loi (serment).

(1) Cf. sur tous ces points Heusler, I, p. 260 et seq.

mille est propriétaire, mais propriétaire vinculé par le droit des agnats reposant sur leur « Anwartschaft ». Il y a là un vestige de l'ancienne Ganerbschart, la Ganerbschaft n'est plus que fictive ; nous nous trouvons en présence de l'une des dernières formes de la Gesamnteigentum (1).

Le mot « Haus » ne désigne pas autre chose que la collectivité de ces agnats, les biens de la maison ne sont pas les biens appartenant à une personne morale, la famille, là où le contraire ne résulte pas expressément des Hausgesetze (2). C'est à elles et à elles seulement qu'il faut s'attacher ; non pas que l'on ne doive admettre de personne morale qu'autant qu'elles l'aurent expressément proclamé ; la chose peut exister sans que le mot y soit (3). Les éléments de la personnalité morale peuvent en effet se rencontrer, soit d'une façon coutumière, soit en vertu de dispositions expresses. Le plus important de ces éléments est l'« Hausverfassung » donnant à la maison une organisation corporative externe. Y en a-t-il une interne, c'est là la question et on ne saurait la résoudre par une formule générale, en admettant la personnalité morale de toute maison de haute noblesse, mais par la considération de chaque cas particulier.

En d'autres termes, il ne faut pas voir dans la décision expresse de certaines « Hausgesetze » l'application d'une règle générale tacite, mais simplement un cas spécial.

(1) C'est ce que me paraît dire sous une autre forme Cosack sur Gerber, § 74, note 8.

(2) Gerber, § 78, texte et note 8 par exemple dans la maison d'Anhalt (Schulze, *Hausgesetze*, I, pp. 35 et 47). Dans la maison de Württemberg.

(3) Mejer, *Réponse à Gierke*, p. 202. Cette réponse a paru dans le tome VI de la *Zeitschrift für das Privat und das öffentliche Recht der Gegenwart*.

On pourra d'ailleurs avec M. Gierke multiplier l'énumération des « Hausgesetze » sans faire avancer la question d'un pas, tant qu'on n'aura pas prouvé que celles des « Hausgesetze » parlant de « Familieneigentum » en parlent avec la conscience d'une règle générale propre à la famille noble comme telle. Sinon, tant que la preuve ne sera pas fournie, on se trouvera en présence d'un cas isolé qui n'exprime pas une coutume générale (1) de la haute noblesse en tant que classe.

Au surplus à ce prétendu droit coutumier dont la haute noblesse aurait conscience, comme classe, il y a des exceptions dangereuses. Certaines familles de la haute noblesse prouvent par leur constitution de fidéicommiss (2) et l'inaliénabilité qui en résulte qu'elles n'avaient aucune idée de la garantie résultant pour leurs biens de la propriété de la famille en tant que personne morale soustrayant les biens à l'action individuelle du chef de famille.

L'argument tiré des Erbverbrüderungen est certainement très fort et M. Gierke a eu raison d'y insister à l'appui de sa thèse (3). Mais tout d'abord les auteurs en désignant dans cette hypothèse les familles du nom de « corpora » semblent plutôt avoir eu en vue une comparaison que l'expression d'une réalité. La famille apparaît ici comme une unité, mais c'est plutôt une unité de fait reposant sur des rapports sociaux, entraînant d'ailleurs d'importants effets juridiques (4). Historiquement d'ailleurs qu'est l'Erbverbrüderung ? C'est une Ganerbschaft artificielle, une communauté germanique (5). Il est vrai qu'au XVII^e siècle la Ganerbschaft prit le caractère d'une simple institution

(1) Mejer, *op. cit.*, p. 209.

(2) Mejer, *op. cit.*, p. 209 et *Revision*, p. 246.

(3) P. 568, 583.

(4) Cf. Gerber, p. 542, note 3.

(5) Heusler, p. 234.

contractuelle réciproque de deux familles c'est-à-dire de deux ensemble. Mais lorsque l'on considère que lors de la réalisation de l'Erbverbrüderung c'était moins la famille elle-même comme tout que l'un de ses membres qui succédait, l'argument tiré de l'Erbverbrüderung moderne perd beaucoup de sa force. Elle apparaît plutôt comme une sorte de faculté d'élire dans le cercle étroit d'une forte communauté morale (1).

En admettant d'ailleurs que la famille fût instituée comme telle, il ne s'ensuivrait nullement qu'elle le fût comme unité juridique. C'est une unité de fait qui a pu résister mieux que d'autres à l'action du temps. La famille de haute noblesse n'a fait en raison de son caractère politique que conserver le caractère d'association que présentait la famille germanique. Mais comme le dit Gerber (2), il y a moins là-dedans la fixation d'un rapport de droit que celui d'un état de fait. L'association n'est en elle-même aucune forme de droit; il y a des collectivités sans formes juridiques: mais fréquemment il y a dans celles-ci le motif d'une semblable forme, aspect tangible d'une organisation corporative. Elle peut trouver son expression juridique sous la forme d'une personnalité morale, ou d'une société, si rare que cela soit, entre autres sous la forme particulière d'une communauté de propriété (ex. ce que l'on appelle en Franconie les *Condominatsverfassungen* de quelques familles de l'ancienne noblesse immédiate); mais le plus souvent elle se manifeste dans la seule cohésion des membres de la famille, qui résulte des intérêts communs et des droits aux fidéicommiss, fiefs, Erbverbrüderungen, fondations, etc. Souvent aussi, la pensée de l'association se manifeste

(1) Sans parler du caractère de contrat de l'institution, le chef de famille stipulait pour lui et pour les siens.

(2) P. 449, note 1.

dans des institutions, qui ne reposent que sur les mœurs ; mais alors même que celles-ci se sont fortifiées au point de constituer une règle juridique (par exemple une certaine autorité disciplinaire du « senior » dans les familles de haute noblesse), la notion de la communauté ne s'est pas transformée en une forme juridique déterminée, mais seulement un de ses effets isolés a reçu droit de cité parmi les règles juridiques.

Au surplus, comme l'a fait remarquer M. le professeur Sohm (1), si la propriété du Stammgut appartenait à la famille de haute noblesse en tant que personne morale, ce serait la famille elle-même qui aurait droit au titre reposant sur le Stammgut. Elle aurait la qualité de prince, de comte ; conséquence qu'il suffit d'énoncer pour démontrer l'impossibilité du principe d'où elle découle.

Quant à prouver la personnalité morale par l'autonomie, nul moyen. L'autonomie appartient au chef de famille en tant que souverain (2) et non à la famille comme telle en tant que personne morale et comme expression de sa qualité de personne morale. D'ailleurs de l'autonomie du chef de famille, on ne saurait conclure à la personnalité juridique de la famille. « Der Schluss dass ein Personenkreis allein deswegen weil er einem Gesetzgebungsrechte unterworfen ist, eine Corporation sei ist nur zu kühn (3). »

(1) *Juristenzeitung*, 1899, p. 10.

(2) Cf. l'aveu de Beseler (*Superrevision*, p. 550) : « Allerdings hat die Stellung der Familienhäupter als Landesherrn, vermöge der dadurch begründeten Machtverhältnisse auf ihre erfolgreiche Thätigkeit bei Ausübung der Autonomie in den Häusern des hohen Adels eingewirkt. »

(3) Mejer, p. 219 de la réponse à Gierke.

§ 4.— **Transmission héréditaire des Stammgüter et des règles analogues (1) de dévolution successorale de biens nobles.**

Le maintien du Stammgut dans la famille serait insuffisamment assuré, s'il ne se trouvait protégé que contre les actes de disposition entre vifs de son propriétaire. Pour compléter l'œuvre, il fallait parer au danger pouvant résulter des dévolutions successorales. D'où une série de règles en cette matière qu'il nous faut maintenant étudier.

Le statut de la Ritterschaft du duché de Brême de 1577 contient sur ce point des dispositions très complètes (2). Les agnats seuls peuvent succéder aux Stammgüter. A défaut d'agnats les cognats sont aptes à succéder, mais alors le Stammgut perd sa qualité.

Les agnats ne sont pas appelés simultanément à succéder au Stammgut ; celui-ci ne pouvant être partagé, il est attribué à un seul d'entre eux, les autres reçoivent des soultes (3). Le père peut désigner parmi ses successibles de même degré celui qui recueillera le bien, à défaut de semblable disposition l'attribution se fait après accord entre héritiers ; ne peuvent-ils s'entendre que le sort décide.

Les soultes à acquitter par celui qui recueille le bien sont de deux sortes ; celles des agnats appelés en même temps que lui à la succession et celles des cognats qui en sont exclus. Les unes et les autres grèvent le Stammgut. Pour le calcul des soultes il faut se livrer à une évalua-

(1) Nous ne traitons ici que de celles reposant directement sur la loi et la coutume, celles qui en procèdent indirectement, par l'intermédiaire du fidéicommiss seront étudiées ultérieurement.

(2) Ce statut avait eu un précédent dans l'ordonnance de 1547 qui maintenait le privilège de masculinité. Püfendorf, *Obs.* III, app. p. 33.

(3) Titre I, § 1 (Rem a) ; cf. Grossmann, p. 167 ; v. Rössing, p. 17 ; Stobbe, § 329.

tion du bien ; le Ritterrecht contient sur son mode de fixation les dispositions les plus complètes ; l'évaluation a lieu à un taux modéré.

Les agnats reçoivent en entier l'équivalent de leur part héréditaire de Stammgüter (1), le dédommagement que les filles reçoivent sur la valeur du Stammgut n'est pas égal à ce qu'elles auraient eu comme successibles ; elles n'en reçoivent qu'une part moitié moindre que celle des fils. La situation des sœurs du *de cujus* à l'égard de ses frères est réglementée d'une façon analogue à celle des filles par rapport aux fils. Si le Stammgut est dévolu à un parent plus éloigné qu'un fils ou un frère du *de cujus*, les filles et les sœurs voient leur situation s'améliorer ; elles ont droit à une part entière. La veuve a des droits importants (2) qu'une disposition de dernière volonté ne peut lui ravir. Serait également non valable une disposition enlevant le Stammgut aux plus proches héritiers.

Ce qu'il y a de particulièrement intéressant dans ce Ritterrecht de 1577, c'est que tout en assurant la transmission intégrale, il s'efforce de porter le moins possible atteinte à l'égalité. Point de succession exclusive au profit d'un seul, les agnats du même degré sont tous appelés également et ce n'est qu'alors que se réalise l'attribution indivisible, soit en vertu d'une disposition du *de cujus*, soit en vertu d'une entente entre cohéritiers, soit enfin en vertu du sort. De l'indivisibilité du bien résulte sa transmission intégrale. Ce qui s'affirme principalement, c'est le privilège de masculinité, entre les mâles, point de dévolution successorale d'après les principes alors connus,

(1) Cette soulte prend la qualité d'un Stammgut, c'est un *Stammgeld* dont la dévolution successorale s'opère d'après les mêmes principes que la dévolution du Stammgut lui-même. Püfendorf, *Observat.* III, XVIII, § 2.

(2) « Morgengabe, Wittum ».

soit du séniorat, soit de la primogéniture, soit du majorat.

Le Ritterrecht de 1847 a apporté en cette matière une importante innovation. Ce ne sont plus tous les agnats du même degré qui sont appelés à succéder au Stammgut, mais un seul désigné d'après les règles de la primogéniture (1). La loi a particulièrement avantagé ce successible (Stammerbe), elle lui accorde à titre de préciput l'Erbstamm (2) qui indépendamment de privilèges honorifiques a une valeur pécuniaire importante. Il comprend notamment les bâtiments et la moitié de la valeur du Stammgut.

L'autre moitié de la valeur (Allodialhälfte) tombe dans la succession allodiale et cette moitié seule est tenue d'acquitter les dettes du *de cuius*. L'Erbstamm, comme nous l'avons vu, n'est tenu que de satisfaire à certaines dettes de famille (soultes des sœurs et des puînés, douaire de la veuve) et encore n'en est-il tenu qu'avec certains tempéraments. D'après le Ritterrecht de 1577 les fils avaient droit à une part double de celle des filles ; le même privilège de masculinité s'est maintenu sur l'Allodialhälfte à laquelle le Stammerbe a également droit pour une part (3).

La dévolution de la succession allodiale s'opère d'après le droit commun. Toutefois le Stammerbe a le droit d'exiger dans la succession de son père les armes, les habits, livres, bijoux, cachets, ainsi que les portraits de famille.

La veuve a droit 1^o à un Wittwenjahr de un ou deux ans. C'est-à-dire que selon qu'il y a eu ou non des enfants du mariage la femme a le droit de percevoir les revenus du Stammgut pendant deux années ou pendant une seule (4), 2^o à l'expiration de ce délai, à un douaire qui ne

(1) § 34.

(2) Cf. *suprà*, p. 131.

(3) Les filles ont dans la succession de la mère un droit exclusif aux vêtements, parures, livres, etc. Il y a comme un souvenir de la Gerade.

(4) Cf. analogie 1465 du Code civil.

doit pas dépasser le tiers du revenu annuel du Stammgut. Au cas où, à défaut de descendance mâle, le Stammgut passe à des collatéraux, les filles ont un droit analogue à celui du Wittwenjahr de la veuve. Elles peuvent rester deux années sur le Stammgut et en percevoir tous les revenus.

Le *de cuius* ne peut par une disposition de dernière volonté modifier les principes posés par la loi et porter atteinte aux droits du Stammerbe, de la veuve, des créanciers de soultes (1).

Les règles successorales du Ritterrecht s'appliquent également à la somme représentative de l'Erbstamm distraite du prix provenant de la vente non volontaire du Stammgut (2).

D'après les statuts de la Ritterschaft de Calenberg-Götting-Grubenhagen (3), l'ordre de succession est réglé par les principes du droit féodal, à défaut de disposition contraire de créateur du Stammgut (4). Le § 99 en tire cette conséquence que l'on ne peut répudier la succession allodiale pour s'en tenir au Stammgut (5). Les statuts ignorent la primogéniture introduite dans le Ritterrecht de Brême en 1847 à défaut de disposition du *de cuius*. Plusieurs héritier peuvent donc être appelés concurremment à succéder au Stammgut ; pour éviter le morcellement (6) les statuts

(1) Cf. sur tous ces points Wachsmuth, *op. cit.*, VIII, p. 3 ; Grossmann, p. 176. V. Rössing, p. 28-29.

(2) Grossmann, p. 117.

(3) §§ 92 à 97.

(4) Grossmann, p. 179 ; v. Rössing, p. 33.

(5) Cf. von Rössing, p. 33. Sur le principe lui-même, cf. II, Feud, 45 ; Gerber, § 320, note 3 ; Stobbe, V, § 315, texte et note 46 et seq., § 316, II.

(6) Les seuls principes du droit féodal seraient insuffisants à empêcher la division du Stammgut entre mâles. Cf. Gerber-Cosack, §§ 318 et 319.

édicte les règles suivantes. L'attribution du Stammgut a lieu à la majorité des voix des copartageants, l'importance de celles-ci variant avec la part de chacun dans le Stammgut, ou à l'aide d'un tirage au sort (1). L'attributaire a droit à certains objets (Bâtiments, droit de chasse et de pêche et de patronat), il peut prétendre en outre à titre de préciput à $\frac{1}{4}$ de la valeur du surplus du Stammgut, dettes hypothécaires déduites. Le douaire de la femme, les dots et le droit aux aliments des filles sont réglées dans les paragraphes 97 à 102 des statuts. Ils ne doivent pas dépasser un certain taux (2).

Il n'y a point de règles spéciales pour les Stammgüter de la Ritterschaft de Lünebourg (3).

Nous avons vu *suprà* comment les familles de haute noblesse avaient pu maintenir leurs Stammgüter à l'aide de leurs Hausgesetze, de leurs Familienverträge, consignant certaines habitudes (4) ou prescrivant des règles nouvelles (5). A cette fin la haute noblesse usa de son autonomie. Actuellement en vertu des Hausgesetze, le Stammgut de haute noblesse se défère en ligne masculine d'après les règles de la primogéniture. Dans les familles régnantes à la succession à la couronne se trouve liée la succession au Stammgut (6); dans les familles médiatisées on ne rencontre que cette dernière, dans les deux cas il faut pourvoir à la subsistance des exclus de la succession (fils puînés).

(1) Lorsqu'il y a 2 héritiers, v. Rössing, p. 33; Grossmann, p. 186. Sur le cas spécial où l'un des copartageants a droit au moins à la moitié du bien, cf. Grossmann, *ibidem*.

(2) Cf. *suprà*, p. 132.

(3) Cf. Grossmann, p. 182; v. Rössing, p. 40; v. Bülow, p. 234 et seq.

(4) Renonciation des filles.

(5) Transmission intégrale.

(6) Schulze, *Erstgeburt*, pp. 370 et 371.

C'est là le but des apanages (1). C'est un droit alimentaire que les puînés ont à l'encontre du successeur au bien de famille (2) et auquel il est donné satisfaction sous forme de rente (3). Le taux de la rente est fixé soit par l'Haus-

(1) L'apanage est le dernier terme d'une évolution qui eut comme point de départ le partage égal à l'époque de la conception patrimoniale de la souveraineté. De là on passa à la *Ganerbschaft* sous la direction de l'aîné, puis à la primogéniture proprement dite, les puînés n'ayant plus sur l'Hausvermögen qu'un droit de contrôle, résultant de leur *Anwartschaftsrecht* ou *Beispruchsrecht*.

Avec l'introduction de la primogéniture, ou plus généralement de la transmission intégrale des biens des familles de haute noblesse, car cette transmission pouvait revêtir la forme du majorat et du séniorat, la subsistance des puînés de grandes familles fut assurée de différentes façons. Tantôt on eut recours à une *Secundo* ou *Tertiogéniture* (Heffter, *Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals Reichstændischen Häuser Deutschlands*, Berlin, 1871, p. 206), tantôt à un parage (Heffter, *loc. cit.*), constituant l'un et l'autre un allotissement des puînés en terres et en gens (*mit Landen und Leuten*). Il semblait que par là on rompit moins brutalement avec l'égalité ; il y avait d'ailleurs d'autres raisons que ces raisons de sentiment. La science financière encore dans l'enfance n'eût pas permis l'allotissement sous forme de rente, sous forme d'apanage (Cf. Schulze, *Erstgeburt*, p. 375). Comme exemples de parages je signalerai : 1^o la seigneurie de Schwedt, parage de la maison de Brandebourg qui fit retour à la Prusse en 1788, à l'extinction de la ligne des Margraves de Brandebourg, Schwedt ; 2^o Hessen-Homburg, parage de la maison de Hessen-Darmstadt médiatisé en 1806, redevenu souverain en 1815 pour faire retour à la maison de Hesse-Darmstadt quelques mois avant la dissolution de la Confédération germanique. Depuis 1866 Hessen-Homburg est incorporé à la Prusse. Ces parages étaient une source de difficultés, bien qu'on n'accordât pas de droits de souveraineté aux puînés ainsi allotis (Cf. Schulze, *loc. cit.*, p. 378). La primogéniture ne pouvait produire tous les effets qu'on attendait d'elle, qu'en substituant aux allotissements en nature les allotissements en soultes, c'est-à-dire les apanages.

(2) Ou de l'Etat, Cf. Rintelen, Art. *Apanage* dans le *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad, I, p. 375 ; Heffter, p. 207 ; Gerber-Cosack, § 521.

(3) L'apanage peut aussi comprendre l'usage de certains biens (*apanagum improprium*) ; Heffter, p. 207, par exemple une résidence (*Residenzschlösser* ; Schulze, *Erstgeburt*, p. 381). Au siècle passé figuraient

gesetz, soit par la constitution pour les membres des familles souveraines. Elle consiste parfois dans une quote-part des revenus du chef de famille (1). Là où l'importance de l'apanage n'est pas fixée, elle est à établir *ex æquo et bono* comme le prescrivait déjà la bulle d'or de 1356 en introduisant la primogéniture pour la succession aux élections (2) d'après les forces de la fortune familiale. Il en suit les variations. Il ne se détermine pas alors d'après la légitime, il peut être parfois au-dessous (3); la légitime ou le droit de succession peut être la source de l'apanage, ni l'un ni l'autre n'en sont la mesure. Ce qu'il importe de prendre en considération dans cette matière, ce sont les nécessités de la vie des princes, telles qu'elles résultent de la situation de la maison, en les conciliant avec les besoins du chef de famille lui-même (4). Les filles sont

parfois des prestations en nature au profit des apanagés (par ex. : droit à tant de pièces de viande fraîche), Schulze, *loc. cit.*

(1) Schulze, *Erstgeburt*, p. 379. D'après le Hausvertrag de septembre 1690, art. 6 de la maison de Reuss (Schulze, *Hausgesetze*, II, p. 537), il y a une répartition des revenus entre les souverains et les princes de la famille dans les conditions suivantes : le prince régnant a droit à un tiers des revenus, le surplus est attribué aux autres princes de la famille, y compris le prince régnant.

(2) Heffter, p. 207.

(3) Stobbe, p. 320 ; Heffter, p. 207.

(4) Le sort de ces apanages se trouve réglé différemment d'après les Hausgesetze et les constitutions. Tantôt, et ce fut là le premier système, les apanages sont transmissibles aux héritiers mâles du 1^{er} apanagiste jusqu'à complète extinction de sa ligne. Il en est ainsi dans les Hausgesetze de Wurtemberg, Saxe et Bavière, tantôt il y a attribution personnelle de l'apanage au prince apanagé ; à sa mort l'apanage ne se transmet pas à sa descendance. Par suite, chaque prince a droit à sa majorité à un apanage personnel dont le taux se règle d'après son degré de parenté avec le monarque régnant. C'est notamment le système adopté dans la maison royale de Prusse (Schulze, *Hausgesetze*, III, p. 622). Sur tous ces points, cf. Schulze, *Erstgeburt*, p. 379 et seq., ainsi que Rintelen, *loc. cit.*

Toutes ces questions relèvent plus du droit public que du droit

dotées sans que leur part soit jamais équivalente à celle de l'aîné ; dans les familles régnantes les princesses reçoivent jusqu'à leur mariage ce que bon nombre de sources appellent une « sustentation » ; lors de leur mariage elles ont droit à une dot. Les veuves de monarques et de princes ont le plus souvent droit à un douaire.

Nous arrivons à l'étude des dispositions légales qui sans créer de « Stammgüter » organisent cependant une dévolution successorale analogue, en empêchant le morcellement héréditaire.

Sans quitter le Hanovre où nous avons vu prospérer l'institution des Stammgüter de petite noblesse, nous trouvons dans la principauté d'Osnabrück une ordonnance du 15 mai 1778, organisant à l'égard des Rittergüter une dévolution successorale semblable à celle des Stammgüter (1). Cette ordonnance rendue sur les pressantes instances de Justus Möser, syndic de la Ritterschaft d'Osnabrück (2) ne faisait que fixer le droit coutumier de cette Ritterschaft constaté déjà dans un procès de l'année 1589 (3). Ses filles se trouvaient exclues de la succession aux biens nobles et n'avaient droit qu'à une soulte coutumière, fixée par des arbitres.

Il ne semble pas que cette Verordnung ait eu grand succès. Le président de la Landschaft de la principauté d'Osnabrück

privé, toutefois elles méritent d'être mentionnées. Elles mettent en relief un des côtés de la transmission intégrale qui joue un rôle important dans la dévolution successorale de la terre en Allemagne. Ensuite il est bon de suivre jusque dans ses développements modernes, dût-on empiéter sur le droit public, une institution qui a sa racine dans le droit privé et dans la conception patrimoniale de la succession à la couronne.

(1) V. Rössing, p. 40 ; Stobbe, § 329, note 26 ; Grossmann, p. 184.

(2) Stobbe, *loc. cit.*

(3) Von Rössing, p. 41 ; Stobbe, *loc. cit.*

écrivait en 1896 qu'elle était peu connue et que « pratiquement elle devait être bien rarement invoquée (1) ».

Plus importante par son étendue et plus intéressante par son histoire est la liberté laissée à l'ouest de l'Empire à la noblesse de certaines régions de régler la dévolution successorale de ses biens d'une façon presque autonome. C'est une liberté qu'elle a su recouvrer de haute lutte, il y a une soixantaine d'années, elle a pu alors se soustraire au droit commun que la domination française lui avait imposé et retourner à des habitudes séculaires (2).

(1) Cf. Grossmann, p. 184. Mais la Ritterschaft de la région n'en pratique pas moins la transmission intégrale par voie de testament. Même constatation pour la principauté de Lünebourg qui, comme nous l'avons vu, a un régime de Stammgüter insuffisant. Cf. Grossmann, p. 181 et 182. Cf. pour l'ancien comté d'Hoya Diepholz, Grossmann, p. 183.

(2) Dans bon nombre de régions du Bas-Rhin, en effet, le Stamburg avec la terre l'avoisinant était attribué à l'ainé. C'était l'Ansiedel, le Prinzipalsees, le Sees, dont Homeyer (pp. 58, 59 de sa dissertation sur le Hantgemal) comparait la dévolution successorale à celle de notre *caput mansus* (manoir principal et vol du chapon). Les fils puînés et les filles recueillaient une soulte, dont l'importance était en cas de difficulté fixée par arbitres; d'ailleurs en recevant leur dot les filles renonçaient au surplus de la succession des parents (Stobbe, § 313, n. 13, § 314, n. 24, § 320, note 8). Cf. *Landrecht* de Juliers de 1537, titre 29; Lacomblet, *Archiv* I, 133 cité par Homeyer, le *Landrecht* de Berg-Juliers de 1555 (cap. 93, 94, § 2 à 4). On a mis en doute que la renonciation des filles fût de style. Maurenbrecher (I, p. 262, *Rheinpreussische Landrechte*) y voyait une renonciation volontaire. *Contrà*, Stobbe, § 329. La renonciation finit par avoir une portée générale; elle excluait les filles de la succession de leurs ascendants tant qu'il y avait un parent mâle. Dispositions analogues dans la *Churkölnische Ordnung* de 1663 qui avait comme précédent la *Churkölnische Landschaft* de 1463 (§ 8). Toutefois les filles ne sont exclues que par les fils, non par les autres parents. Il ne semble pas que ce droit d'ainesse dans la région rhénane ait produit entre les fils une grande inégalité, le « Stammsitz » attribué à l'ainé était un château en ruines, sa possession n'entraînait que certains avantages de droit public (von Below

Dès 1816, la « Ritterschaft » rhénane sous la direction du baron de Mirbach menait campagne contre les dispositions du Code civil. C'était à son influence qu'était due la proposition présentée au premier Landtag provincial, d'abolir la législation française pour la remplacer par le Landrecht prussien.

La proposition qui avait rencontré de vives résistances de la part des troisième et quatrième Stände fut rejetée. Une commission formée à l'effet d'étudier la question et dans laquelle figurait de Mirbach se réunit le 23 avril 1827 ; elle n'aboutit à aucun résultat (1). L'attaque directe ayant échoué, la noblesse crut agir plus habilement en demandant simplement que quelques dispositions du Code civil français ne lui fussent pas applicables. C'étaient principalement celles touchant aux régimes matrimo-

Zur Entstehung der Rittergüter, Jahrbücher für Nationalökonomik und Statistik, Iena, 1895, p. 531 et seq., p. 841).

En Westphalie le préciput de l'aîné était autrement considérable. Par exemple dans la principauté de Minden, le statut de la *Ritterschaft* du 5 novembre 1744 prohibait le partage des biens entre les fils. Les biens revenaient dans leur totalité à l'aîné ou au fils choisi par le père ; les autres enfants devaient se contenter d'une soulte sur la fixation de laquelle le Nr. 2 des Statuts donne les renseignements suivants : « Die übrigen Söhne müssen mit demjenigen zufrieden sein, was ihnen der Vater an kindlichen Erbteil zugeteilt oder deficiente dispositione paterna mit demjenigen, wessen sich der Erbherr mit seinen Brüdern, durch Unterhandlung anderer Cavaliers verglichen, wobei aber die Konservation der Güter zum Principio regulativo zu nehmen » (Wigand, *Provinzialrechte von Minden*, t. II, p. 621. Cf. Stobbe, § 320, texte et notes 14 et 15). Quant aux filles elles recevaient une dot. Mêmes règles dans les comtés de Tecklenburg de Lingen (formant aujourd'hui le cercle de Tecklenbourg dans la province de Westphalie), dans le duché de Westphalie et dans l'ancien archevêché de Münster (Cf. t. V de l'enquête Sering Oberlandesgerichtsbezirk Hamm bearbeitet von Ludwig Graf von Spee, p. 176).

(1) Cf. *Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes im Königreich Preussen*, tome I, 1^{re} fascicule (ressort de l'Oberlandesgericht de Cologne). La rédaction de ce fascicule est due à M. Wygodzinski, p. 1 et seq.

niaux et aux successions. L'ordre de cabinet (Kabinets-ordre) du 25 février 1826 avait permis la constitution de fidéicommiss dans les provinces rhénanes et supprimé par là la prohibition de l'article 896 du Code civil français. Les frais, le droit de timbre important qui devait être acquitté, lors de la fondation d'un fidéicommiss, la crainte où se trouvait la noblesse de ne pouvoir réduire la réserve des enfants nés sous l'empire du Code civil, autant d'éléments enlevant à la concession royale toute portée véritablement efficace.

Les modifications partielles du code proposées à l'appréciation du deuxième Landtag provincial ne trouvèrent pas plus de succès que le projet d'abolition totale. Les Rhénans imprégnés d'idées françaises sur l'égalité entre héritiers résistaient énergiquement à la réforme partielle proposée (1). Une troisième tentative de la noblesse eut le même insuccès (12 juin 1830).

Cependant grâce à l'activité du baron de Mirbach, du baron de Loe-Allner la noblesse rhénane faisait un pas décisif dans la voie de ses revendications. Elle prouvait d'une part la quasi-autonomie dont elle avait joui avant la domination française relativement à la distribution de ses biens et trouvait dans le professeur Maurenbrecher un soutien très ferme de ses revendications. D'autre part à la date du 12 juin 1835 trente des plus considérables familles de la noblesse rhénane concluaient ensemble un pacte et s'accordaient sur certains principes contenus dans un acte d'union, ayant pour but de maintenir les intérêts matériels et moraux de la noblesse. L'introduction de ce « Vereinigungsacte » est intéressante par l'exposé qu'elle fait

(1) Cf. Wygodzinski, p. 2. Cf. *Verhandlungen der am 9. und 10. Oktbrer, 82, in Frankfurt-a-M. abgehaltenen Generalversammlung des Vereins für Sozialpolitik*, tome XXI des *Schriften des Vereins für Sozialpolitik*, p. 47, discours de Schulze.

des dangers résultant pour les familles nobles des principes nouveaux du droit successoral.

A la date du 16 janvier 1836 le roi reconnaissait comme prouvée l'autonomie de la noblesse rhénane avant la domination étrangère. Il l'accordait de nouveau aux familles se trouvant en possession de Rittergüter donnant droit de siéger au Landtag (1), au cas où celles-ci en auraient réclamé le bénéfice jusqu'au 1^{er} janvier 1837. L'autonomie fut rétablie après que les membres de la noblesse rhénane eurent décidé la création d'une fondation spéciale au profit des puînés et des filles exclues. La Verordnung du 21 janvier 1837 réglait définitivement la matière. Le paragraphe 6 accorde au père de famille le droit de prendre sur sa succession telles dispositions que bon lui semble, dans la mesure où il ne se trouve pas déjà lié par des dispositions semblables d'ascendants. Il n'est limité par aucune réserve ; il peut avantager l'un de ses enfants aux dépens des autres et a toute latitude de déterminer à son gré les soultes des enfants non avantagés, de même que le douaire de sa femme.

Toutefois certaines restrictions sont apportées à la liberté de disposer du propriétaire. Le paragraphe 9 lui fait une obligation de pourvoir à l'éducation et à la dotation des enfants exclus d'une façon conforme à leur rang social ; de même il doit être pourvu à la subsistance convenable de l'époux survivant. Pour la fixation de ces soultes et du douaire il doit aussi être tenu compte des traditions de la famille, en la matière, du nombre des enfants, des forces du patrimoine (2). Ce ne sont pas les tribunaux ordinaires qui ont à connaître des questions que peut soulever l'application de la Verordnung, mais un tribunal arbitral composé de pairs ; le ministère de la justice

(1) Stobbe, § 320.

(2) Cf. Wygodzinski, p. 4.

connaît des plaintes que pourrait soulever la procédure. Les arbitres ont à prêter serment d'agir en toute impartialité comme ils le feraient s'ils avaient à régler personnellement en tant que pères de famille le cas qui leur est soumis.

A la date du 13 mai 1837 les statuts de « la Genossenschaft des rheinischen ritterbürtigen Adels », dressés à la date du 28 février 1837 par les fondateurs de l'association de 1835, furent approuvés par un ordre du cabinet (1). On y établissait des fondations pour les enfants allotis en soultes, l'une pour les filles, l'autre pour les fils ; et des sommes assez importantes étaient consenties à cet effet (2).

Toutes ces réformes faites au profit d'un nombre restreint de familles furent naturellement mal accueillies d'une population profondément égalitaire en matière successorale (3) et qui pendant près de 20 ans avait subi le contact direct des idées françaises (4). On comparait les 30 chefs de famille fondateurs de la Genossenschaft aux 30 tyrans d'Athènes (5) ; cet état d'esprit donna lieu à

(1) Cf. Wygodzinski, *loc. cit.* et Stobbe, § 320, texte et note 19.

(2) Pour les fils fut fondée la Rheinische Ritterakademie de Bedburg, installée dans l'ancien château du prince de Salm Reifferscheidt. L'établissement, qui avait au début un caractère de caste particulièrement accentué, a dépouillé ce caractère. Des enfants d'autres familles que de celles constituant la Genossenschaft peuvent être admis. « Nach dem revidierten Reglement (du 30 août 1884, revêtu de l'approbation royale à la date du 18 août 1886), écrit M. Wygodzinski, p. 5, unterscheidet sich die Akademie nicht mehr wesentlich von einem katholischen Gymnasium. » Les Statuts de la Genossenschaft prévoyaient la fondation d'un couvent de demoiselles nobles ; le règlement en fut approuvé à la date du 3 juin 1842.

(3) C'est un point sur lequel nous reviendrons à propos de l'Anerberrrecht.

(4) Cf. entre autres sur le succès du Code civil français dans la région rhénane, les observations d'un praticien, le Dr Fuld de Mayence au 23^e Juristentag, tome II des *Verhandlungen*, p. 98.

(5) Cf. dans Wygodzinski, la citation du baron de Salis Soglio.

des débats particulièrement animés lors de la réunion du 4^e Landtag provincial.

La noblesse rhénane (1) faisant partie de la Genossenschaft a mis en œuvre l'autonomie qui lui a été accordée (2). Elle a eu recours aussi à l'institution du fidéicommis sans que l'un ou l'autre de ces moyens ait conduit à une concentration redoutée de la propriété en quelques mains.

Les ordres de Cabinet du 26 et du 28 février 1837 reconnaissent pour la Westphalie l'autonomie de la noblesse déjà admise pour les provinces rhénanes par l'ordre de Cabinet du 16 janvier 1836 (3). Toutefois comme les fondations prévues au profit des fils et des filles exclus n'ont pas été constituées, les ordres de cabinet sont restés sans effet (4). Cependant en fait l'autonomie est pratiquée en ce sens que la noblesse s'inquiète peu de la légitime, transmet ses biens d'après des habitudes d'ainesse, laissant souvent aux puînés mâles à peine leur légitime et aux filles très rarement celle-ci (5). Des cas se sont présentés où les droits des puînés se trouvaient à ce point atteints par les dispositions du père que l'existence économique de ces puînés était mise en jeu. Bon nombre de familles présentent cette règle curieuse, de faire encourir à l'aîné la perte de ses droits au cas où il n'aurait pas contracté mariage à un âge déterminé (6).

(1) Cf. l'énumération des familles dans Wygodzinski, p. 5.

(2) Wygodzinski, p. 6.

(3) Stobbe, § 320, III, *in fine*.

(4) Graf von Spee, *loc. cit.*, p. 177.

(5) Graf von Spee, *loc. cit.*

(6) 30 ans. Graf von Spee, *loc. citato*. Comme preuve de la solidité des coutumes successorales et de leur influence sur le maintien des biens dans les familles, M. de Spee (*loc. cit.*, p. 78) présente un tableau des Rittergüter du Kreis d'Höxter (appartenant pour partie à l'ancienne abbaye de Corvey, pour partie à la principauté de Paderborn). De ce tableau il résulte que certains Rittergüter sont dans les mains de la même famille depuis le XIV^e siècle (Ex. : Grevenburg, propriété de la baronne

Jusqu'en 1869 fonctionnait dans la Prusse occidentale un droit spécial de la noblesse datant de la domination polonaise. C'était le *jus terrestre nobilitatis Prussiæ* de l'année 1599. Il constituait une réaction contre les tendances égalitaires des sexes du Kulmisches Recht, et organisait entre parents du même degré le privilège de masculinité (1). Lors de l'établissement de la domination prussienne, ce *jus terrestre* fut maintenu (Regierungsinstruktion du 21 septembre 1773). Respecté en 1844 lors de la promulgation du droit provincial de la Prusse occidentale (Publikationspatent du 19 avril 1844) il fut supprimé par la loi du 5 février 1869 (2).

§ 5. — Position du nouveau Code civil à l'égard de nos institutions.

Les temps sont loin où Savigny et Thibaut discutaient sur l'opportunité de l'établissement en Allemagne d'une législation civile uniforme. Le 1^{er} janvier 1900 entrera en vigueur dans tout l'Empire le nouveau Code civil dont la très soigneuse élaboration aura pris près d'un quart de siècle. Avec lui, l'Allemagne aura fait le dernier pas et le plus décisif dans la voie de son unité législative ; ainsi se trouvera accomplie la dernière étape d'une évolution qui débuta il y a plus de 50 ans par la *Wechselordnung*, œuvre

de Oeynhausen, est depuis le XIV^e siècle propriété de la famille de Oeynhausen). Sur les 25 Rittergüter du Kreis, deux seulement ont assez fréquemment changé de propriétaire.

(1) Cf. Stobbe, § 320, VI, et le tome XI de l'enquête Sering. *Provinz Westpreussen* bearbeitet von Dr. Felix Busch, p. 18.

(2) « Bis auf einen geringen Ueberrest ». Busch, *loc. cit.*, p. 27. — Le droit spécial des biens nobles en Silésie (Cf. Stobbe, § 320, VIII) a été supprimé par les lois du 11 juillet 1845 et du 19 juin 1876. En Bavière, les dispositions du Code Maximilien prescrivant le privilège de masculinité et d'ainesse (III, 11, § 8, III, 12, § 2), entre les mâles pour certaines classes de noblesse (edelsmannfreiheitsfähige Personen) ne sont plus en vigueur. Stobbe, § 320, VIII.

du Parlement de Francfort. Au vêtement si bariolé de la législation allemande que l'on a pu comparer au costume d'arlequin (1) succédera l'uniforme monotone, mais de tissu moins lâche du nouveau Code civil. Les besoins de la pratique ne pourront que gagner tout ce que le pittoresque perdra à la transformation.

Ce n'est pas cependant que l'unité de la future législation civile soit complète, le champ abandonné aux dérogations est encore très vaste, fournissant ainsi à ceux qui souhaitaient plus de cohésion et d'ensemble le prétexte de regrets et comme d'une déception (2). Mais ainsi qu'on l'a fait remarquer (3), on ne saurait tout obtenir en une fois. Il suffit que le Code ait fixé le droit de l'individu considéré en lui-même (4), le droit du citoyen sans que l'on ait à s'inquiéter de sa condition sociale.

(1) « Hunderte von Partikularrechte? Wer zählt sie, und wer kennt die Namen? Niemand weiss genau wie viel Rechte heute in Deutschland noch giltig sind. Ein bunt gekleidetes Recht; hier schwarz weiss, da roth weiss, dort grün weiss, dort blau weiss und so weiter. Aus bunten Lappen setzt sich das Kleid des deutschen bürgerlichen Rechtes zusammen, ein Narrenkleid! *Harlekin*. » Discours de M. le professeur Sohm, commissaire du gouvernement, séance du 5 février 1896. 1^o 2^o 3^o *Berathung des Entwurfes eines B. G. B. im Reichstage. Stenographische Berichte*; Berlin, Guttentag, 1896.

(2) La lecture des réserves faites au profit des Partikularrechte dans l'Einführungsgesetz ne laissera pas que de causer quelque étonnement aux juristes de pays à législation civile très unifiée, par exemple aux légistes français. Beaucoup trouveront avec M. de la Grasserie la part faite à la législation des Etats encore trop considérable (*Code civil allemand*, dans la collection des Codes étrangers, Paris, Pedone, 1897, Introduction, p. XXI). Cependant au Reichstag des voix, rares il est vrai, s'élevèrent contre le projet de Code. Cf. Discours du Baron de Hohenberg, *Stenographische Berichte*, p. 88.

(3) Discours de M. Sohm, *op. cit.*, p. 99.

(4) Ce que l'on a appelé le citoyen-type (Normalstaatsbürger). En supprimant toutes les différences qui distinguent un citoyen d'un autre, un noble d'un roturier, un paysan d'un ouvrier et en ne regardant que la partie commune à tous, on forme l'être auquel le Code est applicable. Cf. Brenken, *Zur Reform des Anerbenrechts*. Paderborn, 1897.

Aussi l'Einführungsgesetz réserve-t-elle bon nombre d'institutions. Quelles sont les réserves faites en notre matière ?

L'article 57 maintient au profit des familles souveraines l'autonomie et par là se trouve assurée la possibilité pour elles de régler comme auparavant leurs relations juridiques de famille (droit des personnes, etc.), et, ce qui nous intéresse plus particulièrement, le régime de leurs biens (principalement leur droit successoral). Les Hausgesetze (1) existantes se trouvent maintenues. La situation particulière de ces familles en droit public, et le rapport étroit existant entre leur droit spécial (Sonderrecht) et le droit public en vigueur exigeaient la dérogation au droit commun faite en leur faveur. « Die Normen betreffend die Volljährigkeit, das Vormundschaftswesen, die Unveräußerlichkeit des Familienguts, die in dasselbe stattfindende Individualsuccession u. s. w., gehören in Ansehung der regierenden Familien nach der einen Seite dem Privatrecht, nach der anderen Seite dem Staatsrecht an und bilden in letzterer Hinsicht in wichtigen Beziehungen die Grundlage bestehender staatsrechtlicher Verhältnisse (2). » Aux familles régnantes sont assimilées la famille prussienne de Hohenzollern (3), les ex-familles régnantes de Hanovre, Hesse électorale, Nassau.

(1) Il ne faut pas oublier que ces familles n'ont plus actuellement la latitude qu'elles avaient autrefois ; elles sont liées par les lois constitutionnelles et par les principes du droit public moderne. Ainsi une « Hausgesetz » ne pourrait plus prescrire de parage au profit des puînés ; le principe de l'indivisibilité de l'Etat tiendrait en échec toute disposition de ce genre.

(2) *Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe*, Berlin und Leipzig, Guttentag, 1888, t. I, pp. 10 et 11.

(3) L'Einführungsgesetz ne fait que rester fidèle au traité du 7 décembre 1849, à la loi du 2 mars 1850 d'après lesquels la maison prin-

Les familles souveraines, nous l'avons vu, ne sont pas les seules à jouir en Allemagne de l'autonomie et des avantages qui en résultent au point de vue du régime des biens. Les familles des médiatisés l'ont également, de même celles de l'ancienne noblesse d'Empire et familles assimilées. Aux uns et aux autres l'Einführungsgesetz conserve le bénéfice de l'autonomie (art. 58 et 216) (1).

L'article 59 statue relativement aux biens de familles, aux Stammgüter ne reposant pas sur l'autonomie et les maintient. Les motifs du projet d'Einführungsgesetz (2) font remarquer à l'appui : qu'il n'y a aucune raison de ranimer l'institution en lui donnant accès dans la législation d'Empire. En faveur de son maintien on peut faire valoir des motifs analogues à ceux allégués pour la conservation des fidéicommiss. L'égalité de traitement auquel on soumet les deux institutions est d'autant plus à recommander qu'il est parfois malaisé de les distinguer. Sont également respectés avec les Stammgüter les accessoires indispensables de l'institution, tels que la renonciation des filles nobles, le douaire de la veuve noble, etc.

cière de Hohenzollern doit être considérée comme une branche de la maison royale de Prusse (Heffter, *Sonderrecht*, p. 266 ; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, p. 717 ; Schröder, p. 788).

(1) L'article 216, aux termes duquel : « les lois des Etats d'après lesquelles les membres de certaines familles nobles ne sont pas restreints dans le règlement de leur dévolution successorale par la réserve restent applicables, relativement aux familles auxquelles ce droit appartenait lors de la mise en vigueur du Code civil », a été inséré par le Bundesrath ; la finale de l'article a pour but d'empêcher l'extension de l'exception.

(2) *Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G. B. für das deutsche Reich 1^{te} Lesung*. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission-nebst *Motiven*. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Guttentag, p. 157 et seq.

TROISIÈME PARTIE

DES FIDÉICOMMIS

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE.

Il est peu de questions aussi controversées dans l'histoire du droit allemand, que celle de l'origine des fidéicommiss. Comme le fait remarquer M. Gierke (1), deux points sont certains : en premier lieu le fidéicommiss n'a fait son apparition sous sa forme actuelle qu'au XVII^e siècle, en second lieu il doit sa construction juridique moderne aux romanistes s'inspirant de la théorie des majorats espagnols qui avait marqué de son empreinte le fidéicommiss italien. Mais ce qui est l'objet de vives discussions, c'est le point de savoir si l'institution a des racines dans le très ancien droit germanique et en cas d'affirmative quelles elles sont.

En raison de la destination de la propriété foncière vinculée de droit dans l'intérêt de la famille, il semble que la pensée d'assurer par un *negotium* particulier des biens à une race dût être originairement étrangère au droit germa-

(1) *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, v^o *Fideikommiss*.

nique. Toutefois, l'on rencontre chez les Anglo-Saxons au VIII^e siècle de semblables attributions (1) et ailleurs, il semble que l'omnipotence de la volonté du donateur ait abouti à des résultats analogues, particulièrement dans les Landschen Kungen. Le donateur pouvait en effet attribuer au donataire, une propriété pleinement héréditaire et transmissible, mais pour cela, l'expression d'une volonté particulière était nécessaire ; à défaut d'une semblable manifestation, le bien donné tendait à revenir au donateur, en vertu de nombreux droits de retour. Aussi semble-t-il qu'il ait été permis dans le royaume franc de stipuler à côté de l'inaliénabilité un ordre déterminé de succession, de telle manière que le bien pût prendre le caractère d'un fidéicommiss de famille. Dans certains cas, on considérait comme gratifiée toute la race appelée à la succession et non le seul donataire (2). D'autre part, les Ganerbschaften contractuelles en prohibant la division des biens entre plusieurs possesseurs, assuraient leur transmission intégrale de génération en génération. N'était-ce pas à une époque où la Gebundenheit existait encore légalement dans la famille, l'apparition de la Gebundenheit reposant sur la volonté humaine, une des caractéristiques du fidéicommiss allemand à ses origines tant qu'il ne reçut pas droit de cité dans la législation (3).

(1) Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*, p. 190-193 ; Gierke, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, loc. cit., p. 415 ; Schröder, *Rechtsgeschichte*, p. 285 ; Cosack-Gerber, § 75, note 16 ; Rosin, p. 338, texte et note 13 ; Stobbe-Lehmann, § 197.

(2) Schröder, p. 283, note 97, cite un diplôme de Karloman de 770 (Mühlbacher, *Regesten d. Karol*, I, 52, 123), aux termes duquel celui-ci confirme au profit du comte Hrodwin ejusque gamaldionibus une libéralité faite par les rois ses prédécesseurs « *genealogiæ comitis* ».

(3) Cf. sur ces Ganerbschaften contractuelles, Wippermann, *Kleine Schriften juristischen und rechtshistorischen Inhalts*, I, p. 6 et 7 (Do-

A la même époque on voit l'aliénateur stipuler la dévolution successorale de l'immeuble aliéné au cas où l'acquéreur décéderait sans héritiers (1) ; on le voit également désigner les personnes auxquelles l'acquéreur pourra ou ne pourra pas aliéner son immeuble. A partir du XIV^e siècle on considéra comme valables les dispositions testamentaires, portant sur des immeubles, aux termes desquelles un seul de la descendance devait hériter des biens.

Mais ces dispositions étaient rares. Sur leur rareté et surtout sur la méfiance avec laquelle on les acceptait nous sommes renseignés par une lettre très curieuse de Hans Paumgartner à Zasius de l'année 1538 (2). Un savant a dit à Paumgartner qu'il pouvait prendre une disposition aux termes de laquelle ses biens passeraient d'une façon continue à sa descendance mâle. Pour la validité d'une semblable disposition il faudrait sans doute la confirmation impériale et peut-être la sanction papale. Zasius est prié par Paumgartner de rédiger un projet de statut mais en secret, car son correspondant a entendu « das solches nit ein prau-chlich ding sey ». La défaveur de l'opinion à cet égard se manifestait par la liberté laissée aux héritiers par certains auteurs d'exécuter ou non de telles dispositions (3).

Quoi qu'il en soit nous nous trouvons ici plutôt en présence d'indications qu'en face d'une institution bien ferme ; elles sont intéressantes comme constitutives d'un état d'âme. Ce qui sera le fidéicommiss ne se présente que

cuments de 1202 à 1437), p. 8. En 1418, 44 personnes de basse noblesse achètent la seigneurie de Rotenburg près de Nuremberg et forment relativement à celle-ci une *Ganerbschaft*.

(1) Stobbe, § 197, texte et note 5.

(2) *Zasii epistolæ*, ed. Regger, p. 507, cité par Stobbe-Lehmann, § 197, note 6 ; Miaskowski, II, p. 7.

(3) Fichard, *Consilia*, I, n° 7, § 15.

d'une façon sporadique. Il y avait des cas de fidéicommiss, un esprit qui leur devenait de moins en moins défavorable, on trouvait dans bon nombre d'institutions un terrain parfaitement préparé pour la réception d'une institution qui habilement maquillée pouvait servir à la conservation des biens dans les familles, mais il n'y avait pas d'institution du fidéicommiss à proprement parler (1). Le besoin ne s'en faisait en effet pas encore impérieusement sentir ; la volonté de maintenir la terre dans la famille trouvait sa satisfaction dans des institutions variées, les unes comme la Beispruchsrecht sous ses divers aspects provenant du très ancien droit germanique, les autres de l'organisation féodale (Lehn, Hof Dienstrecht). Enfin la difficulté que présentaient les dispositions testamentaires et comme conséquence la rareté de celles-ci, constituant un souvenir du *nullum testamentum* de Tacite, assuraient à la propriété immobilière une stabilité dont la famille profitait.

Les transformations accomplies dans l'organisation économique que l'on résume du mot de Geldwirtschaft, une modification parallèle des mœurs amenant l'égalité successorale des sexes, un puissant souffle d'individualisme provoqué par la réception du droit romain, autant d'éléments destructeurs de l'antique constitution de la propriété foncière germanique. Dès avant la réception, la haute noblesse, grâce à sa situation politique prépondérante, avait su se protéger contre les dangers résultant de la seule évolution du droit germanique conditionnée par les besoins économiques. A l'aide de l'autonomie, elle put main-

(1) « Dans sa forme actuelle, dit M. Blondel, p. 435 (*Etudes sur les populations rurales de l'Allemagne et la crise agraire*, Paris, 1897, p. 435, appendice VI), le fidéicommiss ne paraît pas remonter au delà du XVII^e siècle et les dispositions qui le régissent sont inspirées du droit romain. Mais les raisons qui ont assuré à cette institution en Allemagne un si grand développement sont bien plus anciennes. »

tenir son patrimoine intact. Le droit des filles fut contenu. Si le principe de l'égalité des sexes céda aisément, il n'en fut pas de même de celui de l'égalité des fils ; nous avons vu ailleurs les difficultés que souleva en Allemagne l'introduction du principe de la transmission intégrale ; on s'y résolut tardivement et souvent sans franchise. Cependant c'était là le seul moyen de conserver de grandes familles et avec elles les grandes unités territoriales, là où la ressource de la *Ganerbschaft* s'était montrée insuffisante et où l'on n'avait pas su résister à la tentation de transformer un simple partage de jouissance (*Mutschierung*), en un partage en nature (*Todtteilung*), là où en un mot l'on avait voulu laisser s'affirmer la propriété individuelle.

La petite noblesse offrait une moindre force de résistance. Le *Landrecht* en laissant échapper ses *Stammgüter* lui enlevait tout point d'appui ; le droit romain ignorait toute institution protectrice du bien de famille, or il n'allait pas tarder à devenir dominant ; le droit féodal n'offrait pas de transmission intégrale, enfin l'autonomie manquait à la petite noblesse.

C'est alors qu'elle eut recours à la « *Stammgutstiftung* » ; n'ayant plus de *Stammgüter* légaux elle chercha à s'en créer d'artificiels, ne pouvant pas constituer directement de *Stammgüter*, il lui fallait trouver ce biais. Le moyen ne lui aurait peut-être pas réussi avec une rapidité aussi relative et un succès aussi complet (1) si des causes d'ordre divers n'avaient pas hâté l'évolution ; nous voulons parler de l'influence des majorats italiens et espagnols et de la théorie du fidéicomis telle que surent la construire les juristes notamment l'un d'eux *Knipschild*.

(1) Surtout à partir de la guerre de Trente Ans. Cf. Gierke, article du *Handwörterbuch* cité, Rosin, p. 338.

C'est le mérite de Pfaff et Hoffmann d'avoir su montrer l'influence sur la naissance du fidéicommiss allemand du majorat espagnol transporté d'Espagne en Italie, ayant fait l'objet des études des pandectistes espagnols et italiens. Quoique l'importance de cette influence étrangère ait été exagérée (1), il n'en convient pas moins de retenir beaucoup des intéressantes observations de Pfaff et Hoffmann. Voici leur thèse :

La primogéniture et le fidéicommiss firent fortune à la même époque en Allemagne, c'est-à-dire après la guerre de Trente Ans. Si l'une qui se développa dans la haute noblesse est due à l'influence française, l'autre qui eut la faveur de la petite noblesse est due à l'influence espagnole.

La patrie des fidéicommiss de famille est en effet l'Espagne (2). Ils s'y appellent majorats (*mayorazgos*, *majorazgos*), nom qu'ils ont conservé après leur transplantation en Allemagne. La terminologie juridique en a restreint le sens en ne qualifiant de « majorat » qu'une espèce particulière de fidéicommiss, mais la langue populaire est restée plus consciente de la signification originelle du mot majorat. Elle l'applique à toutes sortes de fidéicommiss (3).

(1) Au point de nier les éléments favorables en Allemagne au développement du fidéicommiss (Pfaff und Hoffmann, *Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, II, p. 277-315. Cette partie de leur ouvrage a paru en tirage à part « *Zur Geschichte der Fideikommiss*, Wien, 1884. Cf. dans le même sens que ces auteurs Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigentum*, Berlin, 1895, pp. 23 et 24). M. Gierke qui, dans l'article du *Handwörterbuch*, avait reconnu une certaine influence du majorat espagnol traite ailleurs l'origine espagnole du majorat de *conte* (Märchen) (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, Nr 223).

(2) Pfaff et Hoffmann, p. 8.

(3) De même les mots Majoratserbe, Majoratsherr ont un sens très

Les premiers majorats provenaient de libéralités royales ; on pourrait les comparer aux dons de terres faits par les rois mérovingiens à leurs fidèles. Ils acquirent bientôt un grand développement, trop grand au gré des monarques d'Aragon et de Castille. Le gouvernement énergique de Ferdinand et d'Isabelle mit un frein à des abus qui menaçaient la prospérité de l'Etat et l'autorité du pouvoir royal (1).

A l'imitation de ces majorats de droit public, se formèrent les majorats de droit privé auxquels les *leges de Toro* donnèrent en 1505 une base légale. L'institution fonctionnait déjà en dehors de celle-ci depuis plusieurs siècles (2). Une abondante littérature s'était formée sur les majorats prouvant l'importance que la doctrine et la pratique lui attachaient. La théorie du majorat constituait une branche spéciale de la science de droit où elle prit une place analogue à celle que la théorie du contrat de fief prit ailleurs. A côté de ses feudistes, l'Espagne eut ses « *mayorazguistas* » (majoratistes). De Castille où elle avait une forte assise dans les *leges de toro*, l'institution se répandit dans toute la péninsule ; elle gagna toutes les classes de la population comme une véritable manie (3).

Avec la conquête du royaume de Naples le majorat passa d'Espagne en Italie. Il trouvait au Sud un terrain tout préparé par le régime féodal et la primogéniture que la conquête normande avait installés à Naples et en Sicile (4) ; au surplus il semble que dans toute la péninsule

général et ne désignent pas seulement le titulaire d'un bien de famille se transmettant *mortis causa* d'après les règles du majorat.

(1) Pfaff et Hoffmann, p. 12.

(2) Juan Mate, premier camérier de Sanche le Brave, avait dès l'année 1291 fondé un majorat. Pfaff et Hoffmann, p. 15, note 37.

(3) « *El furor de los mayorazgos* » d'après Sempere, cité par Pfaff et Hoffmann, p. 16.

(4) Schulze, *Erstgeburt*, p. 224 ; Pfaff et Hoffmann, p. 17.

fût restée très vivace l'idée de disposer de ses biens au delà de la vie, qui s'affirmait d'une façon si décidée dans la législation romaine. Les substitutions étaient fréquentes; mais à la romaine; avec la limite des quatre générations prescrites par la Novelle 159, sans rupture d'égalité entre appelés, ne pouvant être fondées que par des dispositions de dernière volonté. L'institution espagnole du majorat ne tarda pas à l'emporter sur le fidéicommiss italien, mais non d'une façon complète. Certaines règles en opposition trop flagrante avec les principes du droit romain ne furent pas accueillies par les auteurs et la pratique italienne; par exemple celle de la transmission immédiate du majorat au successible lors du décès du *de cuius* (1).

Le fidéicommiss italien n'aurait pas pu par la seule force de son évolution se transformer en majorat. Le majorat est une imitation de la succession au trône; or, à cette époque en Italie les Etats ne se trouvaient pas régis par des dynasties fortement assises. Dans les Etats pontificaux, dans les républiques particulièrement nombreuses, il ne pouvait pas être question de succession au trône. Dans deux Etats seulement, l'un au Nord, l'autre au Sud, la primogéniture fonctionnait, c'était en Savoie et dans le royaume de Naples (2).

Le majorat s'introduisit parallèlement au développement de la primogéniture. Ce fut surtout à partir du début du XVII^e siècle que l'institution se répandit « *Ma spezialmente dapo il 1600 commincio ad inondar, la piena dei fideicommissi* » (3) écrit Muratori, et elle ne fit que se développer. A la fin du XVII^e siècle les trois quarts de la

(1) Pfaff et Hoffmann, p. 23.

(2) Pfaff et Hoffmann, p. 24.

(3) Au chapitre de son livre intitulé *Dei difetti della giurisprudenza*, Venise, 1742, 17^e chap., cité par Pfaff et Hoffmann.

propriété en Toscane se trouvaient vinculés par le fidéicommis (1).

D'Italie l'institution passa en Allemagne par l'intermédiaire des juristes allemands qui allaient se former dans les célèbres universités du nord de la péninsule. Les Habsbourg employaient dans leur administration des Espagnols et des Italiens ; de nombreux mariages mixtes entre les sujets des diverses parties de l'empire des Habsbourg, enfin l'influence des mœurs, tout faisait des États autrichiens un terrain favorable pour le développement du majorat espagnol (2). Dans les États héréditaires le Reichsgraf Jean de Khevenhüller, ministre de l'empereur en Espagne, semble bien avoir le premier fondé un majorat espagnol sur le comté de Frankenberg dans la haute Autriche par un testament en date du 6 août 1605 (3). La synonymie des mots majorat et primogéniture est une nouvelle preuve de l'origine espagnole de l'institution. Une lettre du 3 avril 1610 de l'empereur Mathias à son frère montre à quel point la maison impériale elle-même subissait l'influence ambiante du majorat espagnol ; la synonymie des mots majorat et primogéniture y apparaît très nette. Mathias écrit que le maintien de la maison, la garantie de sa grandeur reposent sur une dévolution successorale ferme « und *majorazgo* (4) ». L'article 5 du testament de Ferdinand I^{er} (1621) contient la fixation d'une primogéniture dans les termes suivants (5) : « Alle unsere Erbköningthümer, Erzherzogthümer, Fürstenthümer.....

(1) Pertile, *Storia del diritto italiano della caduta dell' impero romano alla codificazione*, t. IV ; *Storia del diritto privato*, § 132.

(2) ...« Vor allem aber spanisches Wesen in der kaiserlichen Hofhaltung, Im 17 Jahrhundert wurde in der vornehmsten Gesellschaft in Wien und Prag sehr viel spanisch gesprochen. » Pfaff et Hoffmann, p. 26.

(3) Il s'en trouve de plus anciens en Dalmatie.

(4) Cf. Pfaff et Hoffmann, p. 27.

(5) D'après Schulze, *Erstgeburt*, p. 401.

auf den ältesten Descendenten nach Art und Ausweisung der juris primogenituræ und *majoratus* fallen und verstatmet werden sollen. » Le codicille du 10 mai 1621 contient une disposition analogue : « Erbkœnigreiche, Erzherzogthümer, Fürstenthümer, Markgraf-Graf, Herrschaften, Stück und Güter diesem von uns aufgerichteten *Majorasco* sollen einverleibt und unterworfen bleiben. » Concurrément avec ce développement de la primogéniture dans les grandes familles apparaît le développement des fidéicommis (majorats) dans les familles de moindre importance. Même dans les familles princières où l'on pratiquait déjà la transmission intégrale on introduisit une nouvelle primogéniture trahissant dans sa structure l'influence étrangère.

Parallèlement à la primogéniture se développaient les majorats. Sous Léopold I^{er} ils se multiplièrent; Pfaff et Hoffmann parlent de la « Vinculierungs Epidemie » qui avait gagné les États héréditaires de l'Empereur (1). Elle ne portait pas seulement sur les immeubles, elle gagnait les meubles ; le fidéicommis de Montecuculli comprenait un joyau que le père du fondateur du fidéicommis avait reçu en 1653 à Stockholm de la reine Christine de Suède (2).

La période qui suivit la guerre de Trente-Ans fut particulièrement favorable à cette floraison des fidéicommis ; l'Empereur cherchait à se constituer une noblesse dévouée à la place de celle qui avait été détruite. D'ailleurs le mouvement dépassait les États autrichiens ; il ne tardait pas à s'étendre au reste de l'Empire.

La thèse de Pfaff et Hoffmann a mis heureusement en lumière un côté de la vérité sur l'histoire du fidéicommis, mais ces auteurs attirés par l'intérêt de leur découverte ont trop négligé les autres éléments de l'origine de l'institution.

(1) P. 31, Pfaff et Hoffmann.

(2) Pfaff et Hoffmann, *loc. cit.*, note 123.

Beaucoup plus près de la vérité me paraît être M. Rosin (1) qui, après avoir mentionné l'influence des majorats espagnols, ajoute qu'il s'agissait bien plutôt à l'aide d'éléments étrangers de renforcer des tendances nationales. Il n'était pas question d'accueillir des pensées absolument nouvelles, étrangères jusqu'alors au droit germanique. D'après M. Cosack sur Gerber (2), on imita les majorats espagnols comme on imite une mode étrangère. En effet, les majorats espagnols ne furent pas la seule cause de la naissance des fidéicommiss allemands. Le droit romain tel que le comprenaient les juristes italiens et allemands des XVI^e et XVII^e siècles, ce qui restait du Beispruchsrecht sous la forme des Stammgüter, autant d'éléments qui ont concouru à la formation de l'institution (3).

Il semble que Pfaff et Hoffmann en aient conscience en dépit des critiques qu'ils adressent aux diverses théories régnantes (4). Pourquoi les majorats allemands n'auraient-ils pas eu ainsi que les majorats italiens leurs précurseurs directs. Ceux-ci, de l'avis des auteurs (5) ont eu comme précédent les institutions fidéicommissaires telles que les connaissait le droit romain, pourquoi ceux-là n'auraient-ils pas eu dans les vestiges du Beispruchsrecht encore existants, les Stammgüter légaux de la petite noblesse, les Hausgüter de la grande, enfin dans l'esprit de conservation des biens dans les familles leurs antécédents immédiats ?

Les majorats italiens qui constituèrent la transition du

(1) P. 336.

(2) § 75, note 1 c.

(3) Cf. Hager, *Familienfideik.*, Iena, 1897, dans les *Staatswissenschaftliche Studien* de Ludwig Elster, tome VI, 5^e cahier.

(4) *Passim* et principalement p. 31 où ces auteurs traitent de « conte » la vieille origine germanique « du fidéicommiss », p. 40.

(5) P. 17.

majorat espagnol au majorat allemand ne furent pas une servile imitation; ils montrèrent certaines particularités témoignant des influences que la jurisprudence romanisante avait exercée en Italie pendant des siècles. Que dit par exemple Bonfinius (1665-1739) dans son « de jure fideicommissorum magis controverso disputationes precipuæ ». Partout, il distingue entre les 2 sortes de majorats, entre la *primogenitura Hispaniarum* et la *primogenitura Italica* (1). L'influence du droit romain d'autre part fut très considérable en Italie et en Allemagne; les juristes comparent avec prédilection les majorats aux fidéicommiss. Le rapprochement chez les Espagnols eux-mêmes n'est pas rare, disent Pfaff et Hoffmann (2). Le mot fidéicommiss d'ailleurs aussi fréquemment employé et en Allemagne beaucoup plus employé que le mot majorat, ne décèle-t-il pas une influence latine? L'emprunt des juristes s'est-il borné au mot? Avec le succès qu'avait alors le *corpus*, il est peu probable que les juristes se soient en quelque sorte contentés de le feuilleter pour y prendre un mot qui figurait à diverses rubriques des titres du Digeste et du Code. Ils ont dû avoir la tentation d'y prendre davantage; le droit romain certes ignorait l'institution telle qu'ils la voulaient; mais ce qu'ils cherchaient, c'était moins une institution toute faite que le moyen d'en faire une. Pfaff et Hoffmann laissent trop dans l'ombre le grand fait de la réception du droit romain qui a joué dans la vie juridique allemande un rôle si important. Ces deux auteurs parlent de citations du *corpus juris* dont les Italiens et les Allemands avaient besoin pour justifier l'institution; est-il à croire que les juristes n'aient pris que les mots sans s'occuper des idées?

(1) Par exemple titre I disp. 53, nos 30-32. Cf. Pfaff et Hoffmann, p. 23.

(2) Pfaff et Hoffmann, p. 23, note 74.

D'ailleurs l'influence du droit romain tel que le commentaient les juristes italiens, notamment en matière de substitution n'a pas attendu pour se faire sentir en Allemagne d'être renforcée par l'influence espagnole. Pfaff et Hoffmann eux-mêmes en conviennent (1).

Enfin les influences germaniques n'ont pas attiré l'attention qu'elles méritent. Et cependant ça et là les auteurs font des constatations intéressantes marquant l'influence germanique et montrant la transformation de vieilles pensées allemandes. L'institution du majorat espagnol se fait sentir en Autriche à partir du XVII^e siècle ; c'est à elle que l'on doit les fondations de fidéicomis si nombreuses alors et nous voyons cependant qu'en Styrie, de l'aveu de Pfaff et Hoffmann (2), le fidéicomis du baron de Stadl « sehr alt und durch Erbeinigungen vorbereitet war ». Plus intéressante est encore la constatation faite par nos auteurs de l'influence des *Ganerbschaften* sur la constitution du fidéicomis (3). « Nirgends fand das Institut so empfänglichen Boden, als in Südwesten von Deutschland wo die zahlreichen Ganerbschaften den Gedanken der Erhaltung eines Stammschlusses in der Familie verwirklichten. » La concession est précieuse (4) ; ceux qui trouvent trop minime la part faite par Pfaff et Hoffmann aux idées germaniques ne disent pas autre chose. Et les *Ganerbschaften* ne se rencontrent pas seulement au Sud. Leonhard Egloffstein

(1) P. 26.

(2) P. 32.

(3) P. 32 et 33.

(4) Cpr. également p. 41. Une autre influence, celle des *Stammgüter* sera étudiée ultérieurement à propos de Knipschild. Le souvenir de la transition de la *Ganerbschaft* au fidéicomis est resté parfois très vivace. Dans une *Erbvereinigung* de 1740 concernant le bien de Schweinsberg, cette terre est désignée à la fois comme *Ganerbschaftliche et fideicommiss*. Wippermann, *loc. cit.*, p. 62. Ce dernier auteur a un autre exclusivisme que Pfaff et Hoffmann, il fait dériver le fidéicomis de la *Ganerbschaft*.

fondait en 1505 à Arlitten (Prusse orientale) une *Ganerbschaft*.

La vérité en la matière semble bien avoir été dite sur ce point par Knipschild dans la préface de son ouvrage ; il énumère les moyens pour les grandes familles de maintenir la splendeur du nom. Il distingue exactement les diverses institutions dont l'amalgame a formé le fidéicommis moderne « *Hinc primogenitura, sive majoratus institutus, hinc renunciaciones feminarum adinventæ, hinc confraternitates sive pacta successoria illustrium personarum sunt confirmata, statuta feminas a successione paterna excludentia introducta et fideicommissa familiæ conservandæ causa instituta.* »

C'étaient aux juristes qu'il appartenait de faire la fusion et notamment à l'un d'eux Knipschild.

On mit tout d'abord la *Familienstiftung* sous l'égide du *Familienstatut*. La fondation d'un fidéicommis fut considérée comme un acte de législation. C'est ainsi que Betsius (1) en 1611 traitait encore toute la théorie de la *Familienstiftung* principalement du point de vue de l'autonomie (2). Par là il ne rendait service qu'aux familles de haute noblesse, celles qui avaient la souveraineté. N'ont en effet le droit de *statuta condere* que ceux qui ont la juridiction (3). A ces premières familles Betsius oppose les *privatæ familiæ*, c'est-à-dire celles qui n'ont pas la *jurisdictio*. Tandis que les unes en vertu de l'autonomie qui leur appartient peuvent prendre entre vifs des mesures suffisantes pour la protection de leurs biens de famille, stipu-

(1) *Tractatus de statutis, pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium, illis præsertim, quæ jus primogenituræ concernunt*, 1611.

(2) Gierke, Art. du *Handwörterbuch der Staatswissenschaft* ; Miaskowski, II, p. 8.

(3) Cap. I, cf. chap. II l'énumération de ceux qui jouissent de ce droit.

ler notamment une inaliénabilité valable à l'égard des tiers ; les autres ne le peuvent pas ; une prohibition d'aliéner stipulée par acte entre vifs ne ferait naître en cas d'inobservation qu'une action personnelle à l'encontre de l'aliénateur, l'acquéreur ne pourrait pas être inquiété. Le moyen d'obtenir avec une action réelle le *summum* de protection c'est d'introduire cette prohibition d'aliéner dans un acte *mortis causa*, c'est de faire un fidéicommis de famille. Mais ce fidéicommis n'est pas un simple fidéicommis de droit romain. La restriction des 4 générations apposée par Justinien à l'institution (1) ne sera pas admise (2). Ce fidéicommis sera fortifié d'un élément emprunté à la succession féodale ; ce sera aussi une *successio ex pacto et providentia majorum*. Le propriétaire actuel sera censé tenir son droit, non de son successeur immédiat, mais du fondateur du fidéicommis. Ce n'est pas seulement au droit lombard que Betsius emprunte la théorie de la *successio ex pacto* ; il se laisse influencer par la théorie des majorats et fait aux plus célèbres des majoratistes, Molina, de fréquents emprunts (3).

Betsius avait trop insisté sur l'autonomie, il ne pouvait par ce moyen être utile au plus grand nombre des intéressés qui n'avaient pas cette ressource. Il avait toutefois fait œuvre utile en indiquant le fidéicommis comme arme possible. Ce fut à Knipschild que revint principalement l'honneur d'avoir adapté complètement l'institution romaine aux besoins germaniques. Il fut en quelque sorte le créateur du fidéicommis allemand.

La nécessité était pressante. « Et hujusmodi alienatio-

(1) Nov. 159.

(2) Betsius proteste, il est vrai, contre l'extension, mais il constate que la majorité des auteurs est d'un avis opposé.

(3) *De hispanorum primogenorium origine ac natura*. Cf. Pfaff et Hoffmann, p. 33.

nis prohibitionem (1) hoc exulceratissimo seculo multis familiis valde profuturam fore, experientia testatur. Plurimi enim hodie reperiuntur, qui statim a morte parentum ubi rerum potiri incipiunt, non aliter ac si Pythio vel Crasso..... essent ditiores, laborant, ut, mente gaudio diffusa, et velut natante et tanquam ipsi mox morituri, bona avita multis sudoribus parta, et hactenus conservata alienant, decoquant.... uti de magno sæpe patrimonio, vix testam, quâ ignem sibi petant, relinquant (2). » Le mal commande un remède. « Cur igitur, poursuit Knipschild, huic malo mature occurrere et remedium quærere non liceret ? Cum etiam reipublicæ plurimum intersit, ut homines rebus suis bene moderateque utentur. » Knipschild décrit ensuite les heureux effets qu'aurait d'après lui un rétablissement des règles de l'inaliénabilité. Entre autres, il signale la reconstitution des *familix illustres et antiquæ*.

Ce qui caractérise l'œuvre de Knipschild, c'est le soin constant qu'il prend de faire le fidéicommis aussi large que possible, en y comprenant le Stammgut de façon à faire profiter l'un de l'existence de l'autre.

L'assimilation (3) des institutions est faite par l'auteur dès les premières pages de son traité. Après un exposé sommaire de l'histoire des fidéicommis à Rome, Knipschild explique le mot fidéicommis (*Fideicommissum fidei heredis commissum*). « Inde, poursuit-il, hæc nostra fideicommissa, familiarum Nobilium conservandorum causa constituta dicuntur, quod fidei possessoris, alteri de familia, resti-

(1) Knipschild vient de rappeler les lois de Hambourg et de Lübeck.

(2) Knipschild, *loc. cit.*, p. 202.

(3) Sur l'assimilation du fidéicommis et du Stammgut faite par Knipschild, cpr. Wippermann, p. 61 ; Pfaff et Hoffmann, p. 40, note 172. L'ouvrage de Knipschild par son titre même est un argument de plus contre ceux qui nient l'influence germanique dans la formation du fidéicommis allemand. Cf. le titre *suprà*, p. 118, note 1.

tuenda committantur et demandentur. *Germanis dicuntur Stammgüter*, so zu Erhaltung eines fürsterlichen, græfflichen, freyherrlichen, adenlichen Stammens und Nahmens verordnet seynd (1). » Ce fidéicommiss germanique est bien différent du fidéicommiss romain ; on en jugera par la définition qu'en donne l'auteur (2) : « Donatio quædam ab institute eadem lege facta, ut bona proximioribus eodem gradu, vel *seniori in familia* ad ejus conservationem perpetuo ac ordine successivo deferuntur. » Le fidéicommiss romain découlait d'un acte exprès de volonté, comme un semblable acte de volonté ne se rencontre pas dans les vestiges du Beispruchsrecht que recélaient les Stammgüter, Knipschild admet des fidéicommiss tacites (3).

« Reale quoque fideicommissum et realis prohibitio præsumitur et deducitur a *qualitate rei* alienari prohibitæ, veluti si domus sit *egregia* et *insignis* et a majoribus orta, vel castrum, turris (4). » Après avoir parlé des conditions de capacité requises pour pouvoir ériger un fidéicommiss ou être gratifié d'un fidéicommiss l'auteur arrive au chapitre VI, le chapitre capital de son ouvrage. Le besoin d'étendre le fidéicommiss romain, d'y comprendre des institutions purement germaniques y apparaît dans toute son ampleur. Il s'agit des modes de constitution d'un fidéicommiss. « Constituuntur familiarum nobilium fideicommissa, dit-il au début du chapitre (5), vel per ultimam voluntatem, vel per *conventionem* inter vivos. » Avec ce principe, la notion étroite du fidéicommiss romain se trouvait rompue et le fidéicommiss nouveau pouvait avoir les

(1) Knipschild, p. 11, distingue ces Stammgüter affectés au maintien d'une grande famille des simples bona avita.

(2) *Loc. cit.*, p. 46.

(3) Cf. Gierke, art. cité, p. 416.

(4) Knips., chap. II, *De divisione fideicommissorum familiarum nobilium*, p. 49.

(5) Ohne Gewissensbisse, dit Wippermann, *op. cit.*, p. 61.

sources les plus variées ; contrat, Ganerbschaft (1), Erbverbrüderung (2), Mutscharung (3). La *consuetudo* était également une source possible de fidéicommiss (4). « Veluti si in familia vel loco quodam consuetudine obtineat, ut immobilia, vel certa quædam bona in familia et apud masculos, fæminis exclusis permaneant, quia quod per pactum, idem etiam consuetudine fieri potest. » Le fidéicommiss ne repose plus sur un acte de dernière volonté, une attribution héréditaire ; c'est toute disposition en vertu de laquelle les biens doivent être maintenus à perpétuité dans une famille au profit des mâles (5). Aussi Knipschild ne tient-il aucun compte de la limite des 4 générations prescrites par la Nouvelle 159. Il accepte pour expliquer le principe de la dévolution successorale en matière de fidéicommiss la règle de la succession ex pacto et providentia que Betsius n'avait admis qu'à regret (6). Le but de la nouvelle institution, c'est de maintenir les biens dans les familles et par eux la puissance de la famille elle-même (7).

Ces idées développées par Knipschild et par d'autres, eurent le plus grand succès. La théorie du fidéicommiss telle que Knipschild l'avait construite devint singulièrement envahissante. Les Stammgüter durent se conformer à la théorie nouvelle ; l'expression Stammgut disparut de la langue juridique. Les auteurs postérieurs à Knipschild traitèrent exclusivement des fidéicommiss ; s'ils parlent çà et

(1) P. 139.

(2) P. 143.

(3) P. 148.

(4) P. 195-196.

(5) Zimmerle, p. 284 ; Miaskowski, II, p. 8.

(6) Chap. VIII et IX.

(7) Cap. VII.

là des *Stammgüter*, c'est pour dire qu'il n'y a dans ce mot que la traduction allemande du mot *Fidéicommis* (1).

Au XVIII^e siècle survint la réaction, les *Hausgüter* furent distingués du *fidéicommis* (2). La confusion des deux institutions donnait lieu à des controverses oiseuses contre lesquelles le bon sens de quelques juristes s'éleva. Böhmer (3), dans ses *Exercitationes ad Pandectas*, démontra que les *fidéicommis* contractuels étaient inconnus du droit romain ; qu'ils étaient au contraire d'origine germanique. Il en donnait pour preuve trois principes étrangers au droit romain et propres au droit germanique d'après lui.

1) « *Licuisse hoc jure per pacta de futura successione disponere pactisque successionem reciprocam determinare.* »

2) *De bonis immobilibus hereditariis, allodialibus licet fas nemini esse, sine liberorum heredumque consensu disponere alienationemque facere.*

3) *Filiorum tantum successionum esse, exclusis filiabus, quibus de alimentis idoneis, vel dote quam vacant prospiciendum.* »

La première de ces règles résulte pour Böhmer des *leges barbarorum*, la deuxième de la *lex Saxonum* et du *Sachsenspiegel*, la troisième de divers documents, et du défaut de mention du consentement des filles aux alié-

(1) Par exemple Stryck, § 40 de la dissertation VII (*de successione ex fideicommisso familiæ*) dans son *Tractatus de successione ab intestat*. Sur le succès de la théorie de Knipschild, Cpr. au surplus les 4 articles cités de la *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, tomes V et VI, principalement celui de Mejer, t. V, p. 234.

(2) Gierke, article cité, p. 416. Cependant les auteurs qui traitaient la question du *fidéicommis* sentaient que l'institution manquait d'unité ; ils se voyaient forcés de faire diverses classes de *fidéicommis* pour pouvoir comprendre les anciens *Stammgüter* dans leur théorie.

(3) Cf. Miaskowski, p. 9 ; Zimmerle, p. 288 ; Böhmer, *Exercitationes ad Pandectas*, II (1747), *Exercitatio* 31, p. 403 et sq. *De fundamento pactorum familiæ ad fideicommissa inclinantium.*

nations. Ce sont ces trois principes que la noblesse a pu maintenir par des procédés divers, notamment par la renonciation des filles fortifiée d'un serment.

C'est l'erreur de Bœhmer d'avoir présenté ces principes comme définitivement acquis au droit germanique lors de la réception du droit romain qui vint y jeter le trouble. Les institutions contractuelles n'appartiennent pas au droit germanique ; quant à l'exclusion des filles elle n'eut jamais le caractère absolu que lui attribue Bœhmer et au moyen âge la situation de celles-ci tendait de plus en plus à se rapprocher de celle des fils. Quant au deuxième principe, il ne subsistait plus avec la précision qu'il avait dans le *Sachsenspiegel*. Ces trois principes ne reposaient pas sur le vieux droit germanique lui-même, mais sur des coutumes qui en provenaient, qui étaient nées sous l'action des besoins du temps (1).

En dépit de ces erreurs, la tentative de Bœhmer avait attiré l'attention sur la possibilité de traiter à part les biens de la haute noblesse ; la voie était frayée à d'autres pour refaire la démonstration. Ce fut surtout grâce à Pütter, à Posse et à J.-J. Moser que fut due la séparation des *Stammgüter* des fidéicommiss (2) quoique dans le départ ils commissent encore bien des erreurs (3).

Au surplus le fidéicommiss germanique n'avait plus besoin du secours du *Stammgut*. Il avait reçu droit de cité dans la législation allemande (4). Il avait une vie indé-

(1) Par exemple la renonciation des filles.

(2) Cf. Zimmerle, pp. 289 et 299 ; Miaskowski, p. 9 ; Lewis, *Das Recht des Familienfideikommisses*, Berlin, 1868, p. 33.

(3) Pütter par exemple veut expliquer la succession aux *Stammgüter*, d'après les principes de la succession *ex pacto et providentia majorum* (*Sylloge commentationum jus privatum principum illustrantium*, 1768, N. 1, § VIII). Quant à Moser (*Von den deutschen Reichsstände Landen*, Frankfurt und Leipzig, 1769, p. 224), il considère le *Stammgut* comme librement aliénable.

(4) Cf. Gerber Gosack, § 75, texte et note 8.

pendante : les grands Codes du XVIII^e siècle lui donnaient asile (1).

Il se dégagea plus lentement du droit romain, quoique à cet égard dans notre siècle sa structure juridique ait reçu de notables modifications (2). En permettant dans des cas déterminés, l'aliénation du fidéicommiss, par essence inaliénable, on a porté une atteinte considérable aux principes, mais l'institution s'est par là assouplie et accommodée à la vie moderne. Les fidéicommiss se sont ainsi rapprochés des Stammgüter aliénables par essence, mais sous certaines conditions. Il n'en subsiste pas moins encore entre les deux institutions des différences théoriques importantes s'expliquant historiquement ; dans leurs résultats les institutions sont les mêmes ; leur but est identique quoique le cercle des ayants droit ne le soit pas. Examinons rapidement ces différences (3).

1^o Le Fidéicommiss repose sur une disposition particulière (Privatdisposition). Le Stammgut repose sur la loi, la coutume ou l'observance.

Cette distinction n'a plus l'importance qu'elle a pu avoir autrefois. Depuis que le fidéicommiss de famille a une existence légale propre et non plus une existence d'emprunt, il repose aussi bien que le Stammgut sur la loi. Ce qui reste vrai c'est que ce n'est pas directement. Il faut une volonté particulière pour le faire naître.

2^o Le fidéicommiss est inaliénable et insaisissable, le Stammgut est aliénable et saisissable sous certaines conditions ; nous avons vu que les lois modernes ont rapproché les deux théories.

(1) La première loi sur la matière semble bien être la loi bavaroise de 1672. Beseler, *System*, § 176, Cpr. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 410.

(2) Lois prussiennes. Cf. art. Gierke.

(3) Cf. Gerber-Cosack, § 75 ; Zimmerle, p. 290 ; Holtzendorff, *Rechtslexikon*, 3^e édition, tome III, 1^{re} partie, p. 772 ; Gierke, article cité.

3° Le principe de la dévolution successorale en matière de fidéicommiss est fondé sur l'idée d'une *successio ex pacto et providentia*. Chaque successible est censé tenir son droit du fondateur et n'est pas obligé comme tel au respect des actes engageant la substance du fidéicommiss faits par les titulaires intermédiaires. Le principe de la dévolution successorale en matière de Stammgut est celui du droit commun. Toutefois les lois modernes ont encore en cette matière apporté d'importantes modifications.

Nous venons de faire l'histoire juridique du fidéicommiss, en quelque sorte l'histoire interne, il nous faut faire son histoire politique ou externe.

Née du besoin qu'éprouvait la noblesse, principalement la petite, de s'assurer une forte assise terrienne pour le maintien de la famille, l'éclat et la splendeur du nom, l'institution devait subir toutes les conséquences d'événements procédant de pensées différentes (1). La législation de la Révolution française qui se montra si défavorable aux substitutions eut un contre-coup direct ou indirect en Allemagne. Les pays de la rive gauche du Rhin réunis à la France avaient la même législation qu'elle. Les décrets du 25 octobre et du 14 novembre 1792 qui transformaient le fidéicommiss en propriété franche et libre y furent appliqués.

Dans les pays de la Confédération du Rhin, l'abolition des fidéicommiss eut lieu soit en vertu de l'introduction du Code civil français, soit en vertu des lois spéciales. Il convient de remarquer que dans le Grand-Duché de Bade le Code Napoléon ne fut introduit qu'avec une série de paragraphes additionnels à l'article 577 maintenant sous le nom de Stammgutssystem l'institution des fidéicommiss pour les personnes de la noblesse (2).

(1) Cf. Miaskowski, II, p. 9 et seq. ; Gierke, art. du *Handwörterbuch*, p. 446 ; Cosack sur Gerber, § 75, texte et note 9.

(2) Cf. la liste des lois dans Miaskowski, pp. 10 et 11. Cf. Stobbe-

Le mouvement de réaction qui marqua la chute de la domination française en Allemagne trouva aussi son expression dans le rétablissement des fidéicommiss. La dernière loi en ce sens est une loi de Hesse-Darmstadt du 13 septembre 1858. Elle venait dans la nouvelle période de réaction qui suivait la tourmente de 1848. On avait été alors en effet peu favorable à la législation des fidéicommiss, en dépit des modifications facilitant la circulation des biens qu'avait subies l'institution. Sa suppression fut décidée (1). Bon nombre de législations particulières se conformèrent à la décision du Parlement de Francfort et parmi elles celle d'un des plus grands Etats de la confédération, la législation prussienne (Constitution du 5 décembre 1848, art. 38 ; Constitution du 30 janvier 1850, art. 49). Mais le mouvement qu'avait suscité la décision du Parlement de Francfort fut de plus courte durée que celui qu'avait provoqué l'influence française. En Prusse la loi du 5 juin 1852 dans son article 1 abolissait l'article 40 de la Constitution du 31 janvier 1859 dans la mesure où il supprimait les fidéicommiss ; la législation antérieure à la constitution de 1848 était remise en vigueur. Ce fut seulement dans le grand-duché d'Oldenbourg que la suppression fut faite d'une façon durable. La

Lehmann, § 197, note 13. Cette dénomination de Familienstammgut peut être la source d'erreurs. Quelques auteurs ont aussi employé l'expression de Stammgutstiftung (Bluntschli, *Privatrecht*, t. I, § 68 ; Gierke, Art. *Fideikommiss*, p. 413). Le mot n'est pas mauvais, quant à l'expression Familienstiftung, elle est à rejeter en raison des confusions auxquelles elle peut prêter avec la Familienstiftung proprement dite qui est une institution différente (elle a notamment la personnalité juridique). — Lewis, *Das Recht des Familiensfideikommisses*, pp. 463, 464, 465.

(1) § 38 des Grundrechte. C'était aux législations locales qu'il appartenait de régler les conditions de la suppression ; se trouvaient réservés les fidéicommiss des familles régnantes. Miaskowski, *loc. cit.*, p. 14 ; Lewis, p. 465.

disposition abolitive des fidéicommiss contenue dans la loi fondamentale d'Etat du 18 février 1849 a passé dans la loi fondamentale révisée du 22 novembre 1852 (§ 213) (1).

En Alsace-Lorraine, la suppression résultant de la législation française a été maintenue (2).

La noblesse du Palatinat bavarois ne peut pas constituer de fidéicommiss (3).

(1) Miaskowski, p. 14 ; Lewis, *op. cit.*, p. 466 ; Stobbe-Lehmann, § 197, note 19.

(2) Miaskowski, *loc. cit.*, p. 12. Cf. Cosack-Gerber, § 75, note 70. Les dispositions de la législation prussienne sur la matière, principalement celles de la loi du 5 février 1840, ont été étendues par la loi du 12 juillet 1896 au Neuvorpommern et à l'île de Rügen. *Quid* des Etats de l'Empire où il n'y a pas de lois prohibitives du fidéicommiss, sans qu'il y ait cependant de lois le réglementant. Doit-on regarder le fidéicommiss comme de droit commun allemand ? La question n'a d'intérêt que pour les villes hanséatiques. — Stobbe, dans la 2^e édition de son *Privatrecht*, § 138, note 12, se prononçait pour la négative. Il fallait une disposition juridique expresse (loi ou coutume), pour apporter au droit commun ces importantes dérogations résultant de l'inaliénabilité perpétuelle, des réductions subies par les enfants sur leurs légitimes. D'ailleurs, comme le fait remarquer Lehmann, en reconnaissant que le fidéicommiss est de droit commun allemand, on ne fait pas un grand pas en raison de la multitude de questions de détails qui se posent alors (capacité, formes, etc.).

(3) C'est-à-dire dans le ressort de l'Oberlandesgericht de Deux-Ponts. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2^e édition, t. I, p. 318, note 82.

CHAPITRE II

LÉGISLATION ACTUELLE.

§ 1. — Constitution du fidéicommis.

A. — *Formes.*

Il faut une déclaration de volonté faisant application à un cas spécial des règles particulières contenues dans les législations locales ou relevant du droit commun de l'institution. Le fidéicommis repose médiatement sur la loi, c'est une de ses différences avec le Stammgut.

Cette déclaration peut être consignée dans un acte de disposition entre vifs ou *mortis causa* (1). Quelques législations particulières contiennent toutefois des dérogations à ce principe. Le Code saxon (2) n'admet que les dispositions de dernière volonté ; d'après le Landrecht (3) badois il faut un Familienschluss (4). Il n'est pas de fidéicommis reposant directement soit sur la loi, soit sur la coutume ; il n'en est point reposant sur l'observance (5) ; un fidéicommis ne peut naître par prescription (6).

Une manifestation de volonté ne suffit pas, presque par-

(1) La nullité du testament contenant le fidéicommis n'entraîne pas la nullité du fidéicommis lui-même, car ce n'est qu'à la manifestation de la volonté qu'on s'attache. Stobbe-Lehmann, § 198, IV.

(2) Art. 2507, 2527, 2529.

(3) Art. 577, c. c.

(4) Cf. pour plus de détails, et pour les législations dissidentes moins importantes (Saxe-Weimar), Lewis, *Das Recht des Familienfideik.*, p. 121, 122, 123 ; Miaskowski, *loc. cit.*, p. 25 ; Stobbe, § 199.

(5) *Contrà*, Code Maximilien, III, 10, § 2.

(6) Stobbe, § 198, IV.

tout le fidéicommis ne peut être fondé qu'avec la participation des autorités. Tantôt cette participation apparaît sous la forme d'autorisation émanant du souverain lui-même (1), tantôt sous la forme d'une confirmation judiciaire (2).

Les législations de la Saxe et du Wurtemberg ignorent ces exigences (3). Le Code saxon (4) ne réclame l'autorisation du souverain que pour les fidéicommis qui ne peuvent pas être modifiés ou supprimés par les Anwärter à la troisième génération (5).

Il serait peu fait pour la sécurité des tiers avec ces seules formalités. La transformation d'un bien libre en fidéicommis frappant le bien d'indisponibilité, il importe que ceux qui pourraient traiter ultérieurement avec le propriétaire soient prévenus des entraves apportées à son droit. Le « Preussisches allgemeines Landrecht » (6) contenait déjà des dispositions à cet égard, précisées dans la loi prussienne du 5 mai 1872 (§ 11) (7). Le fidéicommis devait faire l'objet d'une Eintragung au livre foncier. Ailleurs la qualité de fidéicommis devait être inscrite sur

(1) Pour les biens dont le revenu net dépasse 10.000 thalers (Cf. § 56 du Preussisches allg. Landrecht, II, 4 ; Lewis, *op. cit.*, p. 138 ; Miaskowski, *loc. cit.* ; Gerber-Cosack, § 76, note 10). Pour permettre la transformation de fiefs en fidéicommis, les lois d'allodifications ont supprimé cette exigence. Pour les biens d'un revenu inférieur, la confirmation émane de l'Oberlandesgericht. D'autres législations exigent la confirmation de l'autorité souveraine dans tous les cas ; par exemple, Hanovre (loi hanovrienne du 13 avril 1836 ; Lewis, *loc. cit.*, p. 139). M. Miaskowski, p. 25, cite la Bavière, mais à tort.

(2) En Bavière, cf. Hoffmann, *Das Recht des Adels*, p. 19, et en Prusse pour les fidéicommis portant sur des biens d'un revenu net de moins de 10.000 thalers. Cf. note 1.

(3) Stobbe-Lehmann, § 198, note 24.

(4) § 2538.

(5) En Autriche, la constitution d'un fidéicommis est un acte de législation. Code civil autrichien, § 627, loi du 13 juin 1868, § 1.

(6) Pr. L. Pr. II, 4, §§ 64, 69.

(7) Cf. également *Preussische Grundbuchordnung*, § 74.

des registres spéciaux (1). De cette inscription dépendait parfois la naissance du fidéicommis.

A cette délicate matière de la publicité dont la réglementation peut influencer profondément le jugement à porter sur l'institution des fidéicommis a été consacré un article spécial (art. 52) dans la loi d'Empire du 24 mars 1897 sur les livres fonciers. C'est un premier pas fait dans la voie d'une réglementation uniforme de l'institution (2).

B. — *De la capacité requise pour fonder un fidéicommis.*

D'après Knipschild (3), toute personne capable pouvait faire un fidéicommis. Les *ignobiles* eux-mêmes n'étaient pas frappés d'incapacité « *quamvis enim præ aliis, ut jam dictum, Regio, claro et nobili sanguine nati familiæ suæ conservationem appetunt, naturaliter quæcumque persona desiderat honorem et augmentum sui status, familiæ et agnationem* » (4). Toutefois d'après Knipschild il était préférable que les familles qui n'avaient pas de rôle public à jouer n'établissent pas de primogéniture (5). « *Reipublicæ non esse conveniens, ut a plebeis et ignobilibus primogenia instituantur, colligit ex sententia Bernhardi, qui hac de re a comiti quodam de Panormo, inter nobiles meliorem esse filiorum, quam bonorum dispersionem; rusticas vere facturos*

(1) Bavière et Bade, Miaskowski, *op. cit.* Cf. sur la très intéressante Fideikommissmatrikel, telle que l'a organisée en dernier lieu en Bavière la loi du 3 mars 1857, Hoffmann, p. 20.

(2) Par là se trouvent désormais implicitement dénuées d'intérêt certaines questions que l'on discutait à la suite de Lewis, *op. cit.*, p. 141, sur l'inutilité d'une inscription sur les registres fonciers en droit commun. D'ailleurs la règle se trouvait alors déjà tellement évidée par les exceptions de lois particulières qu'on aboutissait, selon la remarque de Stobbe, à un *Gemein Recht* « *welches nirgend gilt* ». Cf. Stobbe-Lehmann, § 198, notes 22 et 23.

(3) Chap. III.

(4) P. 5, Knipschild, *loc. cit.*, p. 65.

(5) P. 66.

ut libuerit, inter mercatores autem melius esse, ut æqualiter bona distribuant. »

En fait, l'institution fonctionna et fonctionne surtout chez les familles nobles (1), mais de droit commun, toute personne capable peut faire un fidéicommiss, sauf dans le grand-duché de Bade (2).

Peuvent être gratifiées d'un fidéicommiss également toutes personnes, sauf dans le grand duché de Bade et en Bavière (3). Dans ce dernier pays, nous nous trouvons en présence d'une innovation du XIX^e siècle ; le Baye-risches Landrecht était moins exclusif (4). C'est l'article 1^{er} de l'Edit de 1818 qui a introduit la modification et elle a été maintenue depuis en dépit des tentatives faites par le gouvernement pour supprimer ce privilège nobiliaire (5).

La perte de la noblesse survenue après l'ouverture du droit au fidéicommiss entraîne la déchéance de ce droit. Le plus proche « Anwërter » prend la place du parent exclu auquel il doit assurer la subsistance (6).

(1) C'est ce qui résulte pour la Prusse de la dernière statistique sur les fidéicommiss faite en 1895. Il y avait alors dans tout l'Etat 939 titulaires de fidéicommiss.

23 de ces titulaires appartenaient aux maisons régnantes avec 294.077 hectares ;

41 aux familles médiatisées ou assimilées avec 326.844 hectares ;

20 aux familles de princes (Fürsten) avec 229.761 hectares ;

249 aux familles comtales avec 733.866 hectares ;

525 aux autres familles nobles avec 589.043 hectares.

Les familles non nobles ne se trouvaient représentées que par 90 titulaires de fidéicommiss avec 37.821 hectares. Cf. *Zeitschrift des königlich preussischen statistischen Büreaus herausgegeben von dessen Direktor E. Blenk*, XXXVII, Jahrgang, Berlin, 1897, p. 21.

(2) Bad. L. R. 577 cd et cm. Ont seules qualité les « Personen des Herren-und Ritterstandes ». Cf. Miaskowski, p. 21 ; Stobbe-Lehmann, § 198, II ; Paul Hager, *Familienfideikommiss*, p. 9.

(3) Miaskowski, *loc. cit.*, p. 21 ; Hoffmann, *loc. cit.*, pp. 8 et 14.

(4) III, 10, § 5 ; Stobbe, § 198, II.

(5) Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2, Aufl. 1895, I, p. 316.

(6) Edit bavarois, §§ 78 et 79. Le cas paraît surtout théorique. Cf. Hoffmann, *op. cit.*, p. 162.

C. — De l'objet du fidéicommiss.

Peut faire l'objet d'un fidéicommiss toute chose durable et frugifère (1). Les auteurs sont loin de s'entendre sur la formation du catalogue des choses remplissant ces conditions. Il y a accord sur deux sortes d'objets, les immeubles et les capitaux mobiliers, encore que pour ces derniers, les exigences de la doctrine varient beaucoup sur les conditions qu'ils doivent présenter pour devenir un fidéicommiss (2). A défaut d'une disposition législative spéciale (3), tous autres meubles que les capitaux mobiliers ne peuvent pas comme tels revêtir la qualité de fidéicommiss (4), mais

(1) Pour Stobbe-Lehmann, § 198, III, il n'est pas nécessaire que la chose soit frugifère; il suffit qu'elle soit susceptible de procurer un usage durable sans se détruire par cet usage. Par exemple: bibliothèque, collections. Il ne nous semble pas qu'à défaut d'une disposition de loi sur ce point des meubles puissent faire l'objet d'un fidéicommiss. Ces dispositions de loi ne font d'ailleurs pas défaut.

(2) Ce sont les « Geldfideikommiss ». Cf. nos articles 1066, 1068 et 1069 du Code civil. Beseler n'admet de fidéicommiss sur les capitaux mobiliers qu'autant qu'il y a une garantie réelle (hypothécaire ou autre, § 176). Gerber-Cosack n'a pas cette exigence, § 76. Comme le fait remarquer Stobbe-Lehmann (*op. cit.*, *ad notam* 10) le Geldfideikommiss se rapproche de la fondation. Les fruits que perçoit l'ayant droit le sont sans travail personnel et sa propriété sur le capital ne peut en raison de l'objet du fidéicommiss s'affirmer comme sur un immeuble, il se trouve beaucoup plus limité dans ses droits de disposition.

(3) Gierke, *Handwörterbuch*, *loc. cit.*

(4) *Contra*, Stobbe-Lehmann, § 198, note 12 et Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, § 68. Cf. *supra*, note 1. « Warum sollen aber nicht auch ohne ein Grundstück kostbare Gemälde, eine Kupferstichsammlung, werthvolle Silbergeschirre und ähnliches wobei der Genuss im Besitz oder Gebrauch besteht, durch eine Stiftung für unveräusserlich erklärt werden? » Sans doute le maintien d'une collection de tableaux dans une famille peut contribuer à son éclat (sans parler d'une sorte d'intérêt public à maintenir une collection constituant par sa cohésion un ensemble d'une grande valeur artistique. Cf. les dispositions de la législation italienne sur les collections d'art). Mais le fidéicommiss historiquement n'a pas les meubles pour objet. Lorsqu'on voulait maintenir

ils le peuvent comme accessoires (1). Les lois particulières contiennent à cet égard des dispositions détaillées (2).

Certaines lois n'admettent de fidéicommiss que sur les immeubles (*Grundeigentum-Grundvermögen*) (3) ; en Prusse on ne peut ériger de fidéicommiss que sur les immeubles ruraux (4).

Le but du fidéicommiss est de maintenir la considération

« les Güter » dans les familles on avait surtout en vue les immeubles ; l'exception faite en faveur des capitaux mobiliers s'explique par le revenu qu'ils apportent, or, une collection d'art est au point de vue pécuniaire un capital mort. Au surplus les *Geldfideikommiss*, rares d'ailleurs, sont le plus souvent adjoints à un fidéicommiss immobilier. Admettre qu'un fidéicommiss peut porter sur une masse mobilière n'est pas aboutir à un résultat pratique considérable, là où la caractéristique du fidéicommiss, l'inaliénabilité, ne peut pas se manifester dans toute son ampleur. En raison du défaut de publicité inhérent à un semblable fidéicommiss la révocation des aliénations indues ne pourra pas s'exercer sans limites. La remarque est de Stobbe-Lehmann lui-même, note 12, *in fine*.

(1) *Preussisches Landrecht*, II, 4, § 61. C'est ce que l'on appelle les *Pertinenzen* du fidéicommiss.

(2) *Preussisches Landrecht*, II, 4, § 61. Loi brunswickoise du 20 mai 1858, § 1 ; Edit bavaïrois sur les fidéicommiss, §§ 6 et 8. Ces *Pertinenzen* sont tantôt facultatives tantôt légales. Parmi les premières le paragraphe 6 énumère l'argent, les bijoux, les collections de tableaux, de livres, etc. Les *Pertinenzen* légales (Cf. notre art. 1064, C. civ.) varient avec la qualité de l'immeuble faisant l'objet d'un fidéicommiss. Par exemple pour une brasserie est *Pertinenz* l'outillage nécessaire pour brasser (§ 8 al. 2).

(3) Hessen-Darmstadt, loi du 13 septembre 1858, 1 et 2, Edit Bavaïrois, § 2. Certains auteurs veulent comprendre la Bavière parmi les pays qui n'acceptent de fidéicommiss que sur les immeubles agricoles. Il semble que ce soit là une erreur. La pratique a admis la possibilité d'affecter d'un fidéicommiss des maisons de location, Hoffmann, *op. cit.*, p. 95 ; *Landrecht* Badois, 577 cb.

(4) *Preuss. Landrecht*, II, 4, § 48 « zu beständigen Familien Fideikommissen aber können nur Kapitalien und Grundstücke, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, gewidmet werden ». C. Gerber-Cosack, § 76, note 4 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 23 ; Lewis, *op. cit.*, p. 49.

et l'éclat d'une famille, ce ne serait pas y répondre que d'en permettre la constitution sur un bien quelque minime que soit sa valeur, certaines lois ont cru devoir fixer un minimum de valeur ou un minimum de revenus (1). En Prusse le bien doit fournir un revenu net libre de toutes charges de 7.500 marks (2); aux immeubles qui ne fournissent pas un semblable revenu, il faut adjoindre d'une façon indissoluble un capital mobilier dont le revenu soit suffisant pour atteindre le minimum légal (3). Ce revenu minimum peut jusqu'à concurrence de moitié être grevé de charges dans l'intérêt du bien ou des enfants du propriétaire. Pour la constitution d'un Geldfideikommis, il suffit (4) d'un capital de 10.000 thalers ou 30.000 marks

Les lois d'allodification des fiefs en permettant la transformation du fief en fidéicommiss ont en général fixé pour la faciliter un minimum moins élevé (5).

En Bavière (6), la loi exige une propriété d'un revenu de 1.500 à 2.000 florins; ce revenu doit également être libre de toutes charges. Le Landrecht badois exige un revenu net de 15,000 ou de 4.000 florins selon que les titulaires du

(1) Lewis, *op. cit.*, p. 83; Miaskowski, *op. cit.*, p. 22; Gerber-Cosack, § 76, texte et note 6; Stobbe-Lehmann, § 198.

(2) P. L. II, 4, §§ 51 et 52.

(3) § 55.

(4) P. L., § 59, Miaskowski, p. 23, parle à tort d'un Reinertrag de 10.000 thalers, cf. Lewis, *op. cit.*, p. 84, texte et note 161.

(5) Le minimum de 10.000 thalers pour les Geldfideikommiss est peu élevé et ne s'explique que par l'époque de la rédaction du Landrecht. Cf. lois d'allodification du 10 juin 1856, § 1, du 23 mars 1857, § 1 et du 23 juillet 1875, § 4. Le revenu net est de 6,000 marks, et il suffit que le propriétaire puisse annuellement disposer librement de la moitié de ce revenu.

(6) § 2 de l'édit de 1818. L'édit fixait son minimum d'après une certaine quantité d'impôts à payer (25 gulden de Dominikal et de grundstener in simpto); sur l'équivalence en revenu cf. Roth, *Baylrisches Cinrecht*, II, p. 554, note 9.

fidéicommiss appartiennent au Herrenstand ou au Rittersstand (haute ou petite noblesse) (1).

Moins fréquente est la fixation d'un maximum ; la législation badoise est la seule à contenir des dispositions sur ce point. Le revenu net des fidéicommiss de titulaires appartenant au Ritterstand ne doit pas dépasser 8,000 florins ; pour ceux de l'Herrenstand, le revenu net peut atteindre 30.000 florins (2). Les législations qui exigent une confirmation du fidéicommiss soit d'une façon générale, soit dans des cas déterminés, peuvent aboutir pratiquement à un résultat analogue à celui recherché par la loi badoise, à savoir empêcher la constitution de trop grandes masses de biens soustraites au commerce. Mais ainsi que le fait remarquer M. Conrad (3), les monarques n'ont jamais refusé leur autorisation ; quant à la confirmation judiciaire, elle ne peut pas être déniée lorsque l'acte soumis au tribunal compétent est conforme aux dispositions légales (4).

Le fidéicommiss fondé peut être étendu sans aucun obstacle ; il est douteux que les dispositions de la loi badoise sur le maximum et celles d'autres lois sur la confirmation judiciaire ou l'autorisation puissent être appliquées au cas d'extension (5).

(1) Cf. sur d'autres lois, Miaskowski, *op. cit.*, p. 25 ; Lewis, *op. cit.*, pp. 85, 86, 87.

(2) Miaskowski, p. 24 ; Bad. Landrecht, 577 ed.

(3) *Handwörterbuch*. La partie économique de l'article *Fidéicommiss* est de M. Conrad.

(4) Cf. pour la Bavière, Hoffmann, *loc. cit.*, p. 19 et Gierke, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*. Art. *Fideikommiss*.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, p. 24.

§ 2. — Effets du fidéicommiss.

A. — Situation juridique du titulaire du fidéicommiss.

a) *Ses droits.* — La nature du droit du titulaire du fidéicommiss a fait l'objet surtout autrefois en droit commun de très nombreuses controverses. Elles ont aujourd'hui cessé. On s'accorde à reconnaître que c'est le titulaire actuel du fidéicommiss qui en est le propriétaire, mais propriétaire vinculé dans sa liberté de disposer par les droits des Anwärter (1). C'est également le point de vue du Baisches Landrecht (2) ; la plupart des législations particulières au contraire sacrifient aux théories régnantes lors de leur confection.

Les unes comme le Preussisches Landrecht, accordent au titulaire du fidéicommiss un domaine utile (3) et à l'ensemble de la famille le domaine éminent (4), les autres comme l'édit bavarois de 1818 (5) et la loi de Hesse Darmstadt de 1858 ont construit une sorte de copropriété du titulaire actuel et des Anwärter sur le fidéicommiss.

Examinons le détail des droits du titulaire du fidéicommiss (6).

Il a la possession, l'administration et la jouissance de l'objet du fidéicommiss, ce qui comprend :

- a) Le droit de chasse et de pêche ;
- b) L'usage normal des forêts ;

(1) Miaskowski, p. 29 ; Gierke, article cité du *Handwörterbuch* ; Stobbe-Lehmann, § 199.

(2) Art. 577 et Rosin, p. 352, note 14 a.

(3) § 72, Das nutzbare Eigentum.

(4) § 73. « Das Obereigentum befindet sich bei der ganzen Familie. » Cf. *infra*, p. 234, note 3.

(5) § 42.

(6) Lewis, *op. cit.*, pp. 188 et seq.

c) Le droit aux produits du fonds notamment à la moitié du trésor (1), aux résultats de l'exploitation d'une mine ouverte.

A-t-il obtenu par contre la concession personnelle de la mine ouverte sur le fidéicommiss qu'il devient propriétaire allodial de cette mine sauf dédommagement à fournir au fonds. Cette indemnité prend la qualité fidéicommissaire et en conséquence le titulaire actuel ainsi que les titulaires ultérieurs en ont la jouissance (2).

Le fidéicommiss comprend-il des valeurs à lots que le titulaire a droit aux lots remboursés pendant le cours de son administration. Ce gain n'est rien de plus qu'un revenu du capital et il ne peut recevoir une destination autre que celle par nous indiquée car « commodum ejus esse debet, cujus periculum est ». Ce sont en effet les créanciers qui font les frais de ces gains extraordinaires, par une réduction qu'ils subissent sur les intérêts qu'ils leur sont fournis (3).

d) Le titulaire peut louer le bien (4). Son successeur

(1) Lewis, p. 193. — Cette moitié du trésor n'accroît pas au fonds du fidéicommiss, le titulaire du fidéicommiss est en effet propriétaire. Elle lui est attribuée en pleine propriété et non à titre temporaire (sa vie durant) comme le fidéicommiss lui-même ; car ce trésor ne doit pas être considéré comme partie de la substance du fidéicommiss, mais plutôt comme un revenu extraordinaire. Cf. Stobbe, § 199, II. D'après l'article 2531 du Code saxon le trésor accroît au fonds du fidéicommiss.

(2) Lewis, *op. cit.*, p. 193. Stobbe (2^e édition) n'obligeait pas le titulaire du fidéicommiss concessionnaire de la mine à la prestation d'une indemnité en faveur du fonds du fidéicommiss. « L'exploitation de la mine a le caractère d'une Kulturveränderung ». — *Contra* Lehmann, 3^e édition, § 199, note 4.

(3) Lewis, *op. cit.*, p. 195. — *Contra* Stobbe-Lehmann, § 199, note 4 *in fine*. Il y a d'après l'auteur une sorte de subrogation du lot à la valeur mobilière, le droit du titulaire du fidéicommiss ne porte que sur les intérêts.

(4) Il ne saurait toutefois consentir de location perpétuelle. — *Contra* sous certaines conditions. *Code autrichien*, §§ 633 et 634.

qui n'est pas en même temps son héritier allodial n'est lié relativement à ces baux qu'autant qu'il y a lui-même consenti ou que les lois particulières l'obligent au respect du bail pour une série d'années (1).

e) 1° Le titulaire du fidéicommis a droit à la jouissance des accroissements naturels de l'objet du fidéicommis (alluvion, insula in flumine nata).

Même solution à l'égard du capital provenant du rachat de charges foncières existant au profit du fidéicommis.

2° Le titulaire exploite le bien dans son propre intérêt, il peut donc apporter à l'exploitation les changements qu'il juge convenables, dans les limites fixées par l'acte de constitution. A défaut de disposition expresse, il est à présumer qu'il ne peut procéder qu'à des changements de méthode ; il ne saurait donc modifier radicalement l'exploitation.

3° Le titulaire peut prétendre aux honneurs et dignités inhérents à sa qualité (droit de patronat, droit de siéger au Landtag, etc.).

4° Le possesseur peut représenter en justice les droits du fidéicommis et les Anwërter se trouvent liés par les décisions judiciaires rendues contre lui ; ils ont d'ailleurs le droit d'intervenir au procès (2).

b) *Ses obligations.* — Le possesseur a des obligations diverses :

1° Il doit administrer le bien d'une façon régulière et le

(1) 9 ans d'après l'édit bavaïois de 1818 (§ 48), 12 années d'après la loi hessoise (art. 17). Lewis, *op. cit.*, pp. 196 et 197.

(2) D'après le Landrecht prussien le possesseur devait être assisté des deux plus proches Anwërter, §§ 118 et 87. C'est une exigence que le Reichsgericht a laissé tomber. L'inobservation de la loi n'a d'autre conséquence que de rendre toute la procédure inopposable à la famille. Cf. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, Bd 28, n° 51. On voit que les droits du possesseur ont de grandes analogies avec ceux d'un usufruitier ; les questions que leur exercice soulève sont les mêmes.

maintenir en état. C'est à cet effet que certaines lois prescrivent, lors de la constitution, la confection d'un inventaire ;

2° Il a la charge des dépenses résultant de l'exercice de son droit (frais d'exploitation, réparations, primes d'assurances, impôts, charges publiques, communales ou autres (1), frais de procès) (2) ;

3° Il doit acquitter les Fideikommischulden (*vide infra*) ;

4° Le titulaire n'a pas en règle d'apanage à fournir à ses frères et sœurs (3) ou de douaire à fournir à la veuve de son prédécesseur ; une obligation semblable n'existe d'une façon coutumière que dans la haute noblesse. Mais les actes de fondations peuvent en faire naître une au profit des enfants ou de la veuve du dernier titulaire. C'est ce que reconnaissent expressément certaines lois (4).

Le législateur est parfois allé plus loin, il admet main-

(1) Cf. Edit bavaïois, § 44 ; Landrecht prussien, §§ 74, 82, 83 ; cf. Gerber-Cosack, p. 142 ; Stobbe, § 199, II.

(2) Lorsque le procès n'a pas trait à la substance du fidéicommiss, Edit bavaïois, § 56-3°. Le Landrecht prussien ne distingue pas, § 120. Le titulaire doit acquitter les frais sur les revenus du bien, sauf dans l'hypothèse où il a été forcé par les Anwärter de continuer un procès qu'il a perdu. Dans ce cas il ne doit payer que les frais de la procédure qu'il a faite sans contrainte, § 121.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 31 ; cf. Lewis, *op. cit.*, p. 218. Il y a deux situations qu'il ne faut pas confondre : celle des enfants du fondateur du fidéicommiss et celle des enfants des titulaires successifs. Les uns ont droit à leur légitime même calculée sur les biens que leur auteur a affectés d'un fidéicommiss (Edit bavaïois, § 19. Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 56 ; Hager, *op. cit.*, p. 34 ; Hoffmann, *op. cit.*, p. 18 ; Stobbe-Lehmann, § 198, V. On peut d'ailleurs imputer sur la légitime des enfants ce qui leur a été attribué par le fidéicommiss, Hoffmann, p. 18 ; Edit bavaïois, § 21). Les autres ne peuvent en règle prétendre à une légitime ou à des aliments sur le fidéicommiss. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 31 ; Lewis, *op. cit.*, pp. 219, 315 et 316.

(4) Edit bavaïois, §§ 12 et 60 ; Landrecht prussien, II, § 53.

tes fois le droit des puînés à une dotation ou à des aliments, le droit de la veuve à un douaire (1).

D'après l'édit bavarois (2) le titulaire est obligé de fournir des aliments à ses frères et sœurs ainsi qu'à la veuve du titulaire antérieur lorsque ceux-ci n'ont pas de fortune propre. Il doit de même doter ses sœurs et ses filles. La loi hessoise de 1858 contient des dispositions analogues (3), sur certains points plus favorables aux fils non appelés à succéder au fidéicommiss (4).

Ces aliments sont à prendre sur les revenus du bien ; d'après la loi hessoise ils ne doivent pas dépasser le tiers du revenu net de celui-ci.

B. — *Situation juridique des Anwërter.*

En droit commun les Anwërter n'ont qu'un droit de succession éventuel sur le fidéicommiss (5) ; ce droit d'expectative (Wartrecht) a le caractère d'un droit réel et il se trouve soustrait en raison de la nature du fidéicommiss au droit de disposition du titulaire actuel. De ce Wartrecht découle en droit commun la faculté d'intervenir aux luttes judiciaires concernant le bien et les législations particulières ont tiré de l'idée de Wartrecht toutes ses conséquences logiques.

Il est à remarquer cependant que d'après elle le titulaire n'est pas tenu de fournir caution. Le Code saxon dans son paragraphe 2532 exclut même formellement cette exi-

(1) Lewis, *op. cit.*, p. 219 ; Miaskowski, *loc. cit.* ; Hoffmann, p. 37 et 38 ; Hager, *op. cit.*

(2) § 46.

(3) Art. 24.

(4) Lewis, *op. cit.*, p. 220. Cf. pour les législations brünswickoïse et hanovrienne, Miaskowski, *op. cit.*, p. 32 ; Lewis, *op. cit.*, p. 220.

(5) Cf. Hager, *op. cit.*, p. 40 ; Miaskowski, *loc. cit.*, p. 32 ; Gierke, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*. Art. Fideicommiss.

gence (1). Le silence des législations sur ce point s'explique même pour celles qui admettent des « Geldfideikommisse » sans garanties réelles, par la surveillance que les autorités exercent sur les fidéicommiss (2).

En revanche nous trouvons dans les législations particulières :

1° La prescription de la confection d'un inventaire (3).

2° La reconnaissance d'un droit de surveillance des Anwærter avec faculté pour eux de signaler à la justice la mauvaise administration du possesseur en vue de provoquer les mesures nécessaires (4).

3° La garantie de la surveillance de certaines autorités. Le fondateur peut la prescrire, mais là même où il ne l'a pas fait nous rencontrons une surveillance légale d'autorités permanentes.

Les lois varient à cet égard dans la désignation des autorités compétentes. En Prusse et en Bavière ce sont les Oberlandesgerichte qui jouent le rôle de Fideikommiss-behörde (5).

Les lois qui avaient vu dans le Wartrecht des Anwærter un droit de propriété éminent ont peu à peu tiré de cette idée bon nombre de conséquences importantes pour

(1) Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 166.

(2) Lewis, *loc. cit.* Cf. sur l'obligation de fournir en droit commun la *cautio legatorum servandorum causa*, Lewis, *op. cit.*, p. 161 et seq.

(3) Edit bavarois, § 43. Landrecht prussien, II, 4, § 71.

(4) Stobbe-Lehmann, § 119, III. Edit bavarois, § 43, n^{os} 3 et 4.

(5) L'Edit bavarois ne parle que d'Appellationsgerichte, ceux-ci sont devenus des Oberlandesgerichte (loi du 23 mars 1879). La Verordnung du 3 mars 1857 a supprimé les Fideikommissenate dans les Appellationsgerichte et a décidé que les Zivilsenate (chambres civiles) connaîtraient désormais des questions attribuées auparavant aux Fideikommissenate. Toutefois le paragraphe 4 de la dite ordonnance a eu la sagesse de décider que pour chaque fidéicommiss un membre de l'Appellationsgericht (maintenant Oberlandesgericht) serait désigné comme rapporteur permanent.

la théorie du fidéicommis (1). Nulle ne l'a fait avec plus de logique que la loi prussienne.

Ce que l'on avait cherché dans l'institution du fidéicommis c'était l'inaliénabilité ; elle résultait en effet en cette matière tout naturellement de l'obligation où se trouve chaque titulaire de transmettre intact en vertu de la volonté fondatrice le bien à tel membre de la famille désigné dans l'acte de constitution. Le principe de l'inaliénabilité s'opposait également aux aliénations indirectes, involontaires, il s'opposait à toute expropriation résultant de l'affectation spéciale ou générale du bien. Le droit commun est resté sur ce terrain, mais bon nombre de lois particulières ne l'ont plus suivi. Elles trouvaient dans la structure par elles donnée, au droit des *Anwärter* un moyen de déroger impunément aux principes.

Il suffisait d'organiser la famille comme un tout capable de vouloir et d'agir, de lui donner à contrôler d'une façon efficace les actes importants engageant l'avenir du fidéicommis. A ces garanties s'adjoignaient pour les cas les plus graves celles résultant du contrôle de l'autorité judiciaire ou de la surveillance gouvernementale.

Les législations saxonne, hessoise et bavaroise (2) exigent pour l'aliénation de tout ou partie du bien soumis au fidéicommis, pour la naissance de *Fideikommissschulden* le consentement de tous les *Anwärter*. Ce n'est que dans quelques cas qu'il peut y être suppléé par justice. La loi prussienne est allée plus loin et elle a donné à la

(1) Comme le fait remarquer M. Rosin, *op. cit.*, p. 358, on ne faisait là que réveiller l'antique conception du *Beispruchsrecht*. Aussi est-ce une erreur que de voir actuellement dans le droit des *Anwärter* une simple expectative successorale (CLf. cependant *ewis, op. cit.*, p. 327). L'*Anwärter* est mieux qu'un héritier réservataire, un réservataire n'a pas de loin tous les droits d'un *Anwärter*.

(2) Code saxon, 2533, 2535. Loi hessoise du 13 septembre 1858, art. 19. Edit bavarois, §§ 61, 66.

famille en matière de fidéicommis une organisation analogue à celle d'une famille de haute noblesse (1). La famille possède un organe supérieur dans l'ensemble des Anwærter convoqués judiciairement, émettant des décisions valables pouvant aller jusqu'à la suppression du fidéicommis. Ces décisions, ce sont les Familienschlüsse (2). Les intérêts des Anwærter incapables sont représentés par des tuteurs ; les intérêts des *nâscituri* le sont de la même manière (3). Les décisions sont prises tantôt à la majorité tantôt à l'unanimité ; ces Familienschlüsse sont exigées en matière de contrats affectant la substance du fidéicommis, de même qu'en matière d'actes relatifs à la constitution du fidéicommis (4).

Dans les affaires moins importantes on n'exige pas de Familienschluss, toutefois la famille se trouve alors représentée par le titulaire actuel et les deux plus proches Anwærter (5). Cette forme moins solennelle de manifestation de la volonté de la famille a été créée par la loi du 15 février 1840 (§§ 15 et 16). En cas de désaccord du titulaire et des deux Anwærter, chacune des parties nomme un arbitre ; un tiers arbitre est désigné par le juge. C'est à ces arbitres qu'il appartient de décider en dernier ressort de l'opportunité des mesures à prendre.

La législation prussienne n'avait d'ailleurs pas attendu l'année 1840 pour soustraire le propriétaire actuel aux

(1) Landrecht prussien, §§ 42-44.

(2) Et même en raison de cette organisation corporative combinée avec la solution donnée par le paragraphe 73, II, 4, du Preussisches Landrecht il y a lieu de considérer la famille ici comme constituant une personne juridique. Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, I, § 374. Gerber-Cosack, § 73, note 8, § 76, note 72. Rosin, p. 351.

(3) Lewis, *op. cit.*, p. 318.

(4) Tels que modifications à apporter aux règles posées par le fondateur, suppression du fidéicommis, Miaskowski, *op. cit.*, p. 33.

(5) Emprunts indispensables, échanges de parcelles.

exigences de la volonté familiale. D'après l'Edit du 14 septembre 1811 (1) les *Anwärter* ne doivent pas s'opposer à une modification d'usage, notamment à des ventes de bois lorsque deux *Kreisverordneten* en ont attesté la nécessité et qu'il est fait ensuite emploi des sommes ainsi obtenues en faveur du fidéicommis (2). La législation a étendu le nombre de ces exceptions et dans d'autres circonstances, il est vrai, peu importantes, la loi n'exige plus le concours de la famille ; elle se contente du simple assentiment de certaines autorités : *Generalkommissionen*, *Landschaften*, *Landeskulturrentenbanken* (3).

C. — *De l'aliénation des biens soumis au fidéicommis.*

De la volonté du fondateur d'un fidéicommis d'affecter un bien à perpétuité à la famille, on devait conclure à l'inaliénabilité absolue de l'objet. En dehors de toute disposition expresse du fondateur en ce sens, la prohibition d'aliéner allait de soi ; c'était un « essentielle » de l'institution (4). Le consentement de tous les *Anwärter* était

(1) *Edikt zur Beförderung der Landeskultur*, § 6.

(2) Par exemple extinction des dettes grevant le fidéicommis.

(3) Loi du 3 mars 1854, §§ 1, 3, 4, loi du 27 juin 1860, du 15 juillet 1890 ; cf. Stobbe-Lehmann, § 199, III, et Hager, *op. cit.*, p. 10.

(4) Lewis, *op. cit.*, p. 222 ; Stobbe, 2^e édition, § 140 ; Gerber, § 84, 18. Dans la dernière édition de Gerber, M. Cosack s'est élevé contre cette manière de voir ; d'après cet auteur, on a voulu avec le fidéicommis imiter le *Stammgut*, non l'exagérer, or le *Stammgut* n'est pas une propriété inaliénable à perpétuité, c'est une propriété vinculée par l'obligation où se trouve l'aliénateur d'obtenir le consentement de ses proches. M. Lehmann sur Stobbe, § 199, note 49, s'est rallié à cette manière de voir.

Elle ne nous paraît pas exacte ; à défaut de la règle de l'inaliénabilité il n'y a plus de fidéicommis (sauf les dérogations que le législateur est toujours maître d'apporter en vertu de sa toute puissance, mais précisément lors de la formation des fidéicommis, on ne pouvait pas recourir au législateur, il fallait subir les conséquences de l'acte employé, le fidéicommis était un produit d'un *Rechtsgeschäft*, d'une ma-

inopérant, il y avait une volonté supérieure à leurs volontés collectives, c'était celle du fondateur du fidéicommis (1).

C'est encore sur ce terrain de l'inaliénabilité que restent bon nombre de législations particulières encore qu'elles apportent parfois au principe par elles maintenu d'importantes dérogations. Défendus sont tous les actes entre vifs ou *mortis causa*, actes à titre onéreux ou libéralités. La prohibition ne porte pas seulement sur l'ensemble du fidéicommis, mais aussi sur ses parties (2). A cette règle de l'inaliénabilité, les anciens juristes avaient déjà apporté des exceptions, en alléguant soit la nécessité (3), soit l'utilité (4) des aliénations, et dernière exception autrement importante, en se contentant du consentement des Anwærter.

C'est cette dernière exception que les législations ont mise en œuvre pour construire la théorie du fidéicommis moderne. D'après le paragraphe 2535 du Code saxon, l'aliénation est permise avec le consentement de tous les

nifestation de volonté ; sans cette volonté, le fidéicommis ne serait pas né, or elle prescrivait de rendre le bien intact aux successeurs. Comment concilier cette obligation de rendre avec l'aliénabilité du bien ?

(1) Cf. Lewis, *op. cit.*, pp. 222 et 223 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 41 ; édit. Bavaïois, § 48, Code saxon, §§ 2, 534, etc.

(2) Lewis, *op. cit.*, p. 224.

(3) Cf. sur les développements donnés par les légistes des siècles précédents à la maxime « *Necessitas non habet legem* ; Noth Kennt Kein Gebot », Lewis, *op. cit.*, p. 229 et 230.

(4) Lewis, *op. cit.*, pp. 229, 231, 232. Sur l'exception faite également en faveur de certaines ventes affectées de modalités. Lewis, *op. cit.*, p. 233. Lewis n'admet que peu de dérogations au principe, notamment celles qui sont dans le sens de la volonté du fondateur de maintenir la considération de la famille (ce qui permet l'aliénation de biens improductifs), sans que toutefois l'on perde de vue que le fondateur a voulu réaliser sa volonté d'une manière déterminée, sinon on en arriverait à admettre des aliénations simplement avantageuses pour la famille. Lewis, p. 232.

Anwërter vivants et des tuteurs des *nascituri* (1). Le paragraphe 49 (2) de l'Edit bavaïois exige l'autorisation du tribunal qui doit au préalable entendre les Anwërter. L'aliénation n'est d'ailleurs possible que lorsqu'elle a pour but l'acquittement de certaines dettes du fidéicommis (3) ou qu'elle doit procurer aux titulaires un avantage important et durable (4). Le Landrecht prussien requiert pour la validité d'une aliénation un Familienschluss (5) rendu à l'unanimité des Anwërter et des représentants des incapables ou des *nascituri* (6). Une confirmation judiciaire est de plus nécessaire. Ces dispositions du Landrecht prussien ont été maintenues dans leur ensemble mais modifiées sur certains points par la loi du 15 février 1840 sur les Familienschlüsse. Dans certains cas le consentement de deux Anwërter suffit (7).

Ces cas sont les suivants :

1° Dispositions à prendre sur le fonds du fidéicommis en raison d'une obligation ;

2° Echange de parcelles ou de dépendances du bien con-

(1) Sur l'état de droit antérieur, cf. dans Lewis, *op. cit.*, p. 282, le commentaire de la décision X de l'année 1746.

(2) Sur le Code Maximilien, III, c. 10, § 4 ; Lewis, *op. cit.*, p. 282 et 285.

(3) § 65.

(4) § 68.

(5) Landrecht prussien, II, 4, § 78.

(6) Landrecht prussien, II, 4, §§ 42, 43, 44.

(7) C'est une disposition qu'on veut étendre actuellement aux Familienstiftungen. La loi de 1840 dont le titre est très général (Gesetz über Familienschlüsse bei Familienfideikommissen, Familienstiftungen und Lehen) n'a en effet rendu l'innovation applicable qu'aux fidéicommis (Cf. *Materialien des preussischen Ausführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch*, erstes Heft, Berlin, 1899. Begründung, p. 62). Cf. sur l'innovation de la loi de 1840, *suprà*, p. 208 ; Lewis, *op. cit.*, p. 285 et 286. Miaskowski, p. 34 et 41.

tre d'autres parcelles situées sur le même terroir ou sur un terroir limitrophe .

3° Aliénation de parcelles ou dépendances avec acquisition en remplacement d'autres immeubles sis sur le même terroir ou sur un terroir voisin ;

4° Placement en biens fonds des capitaux provenant d'un fidéicommiss sans constituer toutefois de Geldfideicommiss ; en particulier emploi en fidéicommiss du reliquat du prix provenant de la vente forcée du bien (1).

Quelles sont les conséquences d'une aliénation effectuée en violation des dispositions légales ?

L'aliénation effectuée en violation des dispositions légales est nulle (2).

L'aliénateur ne peut se prévaloir de la nullité de l'aliénation qu'au cas où il aurait été de bonne foi, c'est-à-dire principalement aurait ignoré la qualité de l'immeuble, mais il ne le pourrait qu'en dédommageant l'acquéreur.

Les Anwërter qui n'ont pas donné leur consentement à l'aliénation peuvent, sans avoir à indemniser l'acquéreur, invoquer la nullité de la transmission. L'édit bavarois de 1818 (3) accorde même ce droit dans les mêmes conditions aux Anwërter qui auraient donné leur consentement lorsque l'aliénation a eu lieu sans l'assentiment de la justice.

A partir de quel moment les Anwërter peuvent-ils exercer leur action ?

La question autrefois controversée avait reçu une solution à peu près unanimement acceptée. La discussion a repris depuis avec l'aliment nouveau qu'y a apporté M. Rosin

(1) Le Landrecht badois exige pour la validité de l'aliénation l'autorisation du souverain, art. 577. Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 286 ; Miaskowski, p. 42. Cf. pour les autres lois : Lewis, *op. cit.*, et Miaskowski, *loc. cit.* (Brünswick, Hesse-Darmstadt).

(2) Cosack, § 76; Gierke, *Handwörterbuch*, *loc. cit.*; Miaskowski, *op. cit.*, p. 42.

(3) § 52. Rosin, *op. cit.*, 431.

dans la très intéressante étude par lui consacrée à la question. Les solutions des législations particulières varient sur ce point. Le Landrecht prussien (1) n'accorde à chaque Anwarter le droit d'attaquer l'aliénation que lors de l'ouverture de son droit de succession sur le fidéicommis (2). Dans une pensée défavorable aux fidéicommis les rédacteurs du Landrecht n'ont pas poursuivi les conséquences du domaine éminent (Obereigentum) qu'ils attribuaient à la famille (3). On s'est demandé (4) si, en dépit de la solution du paragraphe 79 du Landrecht, on ne pourrait pas tirer parti de la construction juridique du droit de la famille telle que l'a comprise le législateur prussien et soutenir que la famille en sa qualité de propriétaire éminent est en droit d'agir immédiatement en nullité de l'aliénation. Mais le législateur prussien, si inconséquent que cela puisse paraître, a créé un droit immédiat de la famille et l'a dépourvu de sanction immédiate (5). La famille a un droit de décision préventif dont l'exercice est subordonné au bon vouloir du titulaire du fidéicommis, elle n'a pas en quelque sorte de moyens répressifs. La force des choses a amené la jurisprudence (6) à faire œuvre prétorienne et à suppléer au défaut de la loi en matière de saisie-gagerie de meubles faisant partie d'un fidéicommis. Avec la vente aux enchères des objets saisis le droit des Anwarter de-

(1) II, 4, § 79. « Ist dergleichen Schluss (c'est-à-dire le Familienschluss dont il a été question dans le paragraphe précédent du Landrecht) nicht zu Stande gekommen, so kann jedes Familienglied, welches nicht eingewilligt hat *sobald es zur Succession gelangt*, die Handlung anfechten und auf Versetzung der Sache in den vorigen Stand antragen. » Cf. Stobbe-Lehmann, § 199, note 21 ; Lewis, *op. cit.*, p. 248.

(2) Lewis, *op. cit.*, p. 248 ; Rosin, *op. cit.*, p. 433.

(3) Rosin, p. 433.

(4) Rosin, *loc. cit.*

(5) Le paragraphe 79 du Landrecht est formel.

(6) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, Bd. XXX, p. 389.

viendrait illusoire ; les Anwärter sont donc autorisés à faire valoir immédiatement leur droit pour empêcher l'aliénation.

En pratique les conséquences du Landrecht prussien sont moins graves qu'il ne semble ; le système du Grundbuch, la possibilité pour les Anwärter de prendre des mesures conservatoires (1) pallient aux inconvénients d'une insuffisance de construction (2).

Le Code saxon n'édicte pas plus que le Landrecht prussien la possibilité d'intenter immédiatement l'action en nullité (3). Toutefois ici encore la pratique remédie aux inconvénients de la théorie (4).

D'après la législation bavaroise sur les fidéicommiss l'Anwärter n'a pas à attendre la mort de l'aliénateur pour exercer l'action en nullité (5). L'idée trouvait déjà son expression complète dans le Code Maximilien (6) : elle était la conséquence de la perte immédiate de son droit qu'encourait l'aliénateur (7) en vertu d'une sorte de comise. Les Anwärter pouvaient révoquer immédiatement l'aliénation (8). D'après l'Edit bavarois l'aliénation n'en-

(1) Par analogie des paragraphes 296-300, *Landrecht*, I, 18, applicables en matière de fief.

(2) Rosin, *op. cit.*, pp. 434 et 435.

(3) Lewis, *op. cit.*, p. 248. Cf. Stobbe-Lehmann, § 199, note 21. Code saxon, § 2534.

(4) Grundbuch et mesures conservatoires.

(5) Rosin, *op. cit.*, pp. 379, 428, 429, 430, 431, 432 ; Stobbe-Lehmann, § 199, note 21 ; Lewis, *op. cit.*, p. 248.

(6) Code Max. Bav. civ., III, c. 10, §§ 23 et 25.

(7) § 23, n. 2. « Fideikommissarius, welcher dieses (c.-à-d. l'aliénation) wissentlich unternimmt, *verwirkt* dadurch das Fideikommiss.... soweit nämlich die Veräußerung geschehen ist. » Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 248.

(8) « Auch seynd, § 25-3°, Substituti nicht schuldig, den Tod des Aliénatoris zu erwarten, sondern das veräußerte Gut mag von ihnen *noch in dessen Lebzeiten*, und zwar ohne Erstattung des dafür angelegten Werths widerrufen werden. »

traîne plus *ipso jure* commise du droit de l'aliénateur, mais la possibilité d'exercer immédiatement l'action en révocation est maintenue au profit des Anwærter (1). La loi hessoise sur les fidéicommiss contient jusque dans la forme des analogies avec la législation précitée (2).

Controversée est la question de savoir la solution qu'il faut adopter pour le droit commun. D'après l'opinion dominante l'Anwærter n'aurait droit d'agir en nullité que lors de l'ouverture de son droit de succession au fidéicommiss (3). L'aliénation est en effet nulle, mais cette nullité ne peut être invoquée par l'aliénateur qui se verrait opposer l'exceptio doli (4). Elle ne peut l'être que par l'Anwærter (5) et à l'aide d'une revendication qu'il n'est en droit d'exercer que lorsqu'il est devenu propriétaire, or il ne le devient qu'à la mort de l'aliénateur. La solution à donner serait autre si le fondateur du fidéicommiss avait fait de l'aliénation un cas de révocation du fidéicommiss en faveur du plus proche Anwærter. Il y aurait alors résolution du droit de l'aliénateur. A celui-ci il convient d'assimiler complètement l'Anwærter qui a consenti à l'aliénation ou celui qui à la mort de l'aliénateur reste inactif. La restitution du bien a lieu sans bourse délier au profit de l'agnat, l'acquéreur ne peut réclamer d'indemnité qu'à l'aliénateur ou à ses hoirs ; quant à la question des impenses, elle se règle d'après les principes ordinaires (6).

(1) § 52 de l'Edit de 1818. Cf. Hoffmann, *op. cit.*, p. 25.

(2) Art. 22. Cf. Rosin, *op. cit.*, p. 437.

(3) Lewis, *op. cit.*, p. 235 et seq.

(4) Lewis, *op. cit.*, p. 241, L. 17, *de evict.* (21, II), L. 1, § 5, *de ex. rei vend.* (21, III). Pour tout l'exposé de la théorie dominante, cf. Lewis, p. 241 à 261.

(5) Le titulaire du fidéicommiss peut également agir au cas où il est de bonne foi, mais il ne le peut qu'en dédommageant l'acquéreur. Cf. *suprà*, p. 214. Stobbe-Lehmann, § 199, texte et note 18. Lewis, *op. cit.*, p. 242.

(6) Stobbe-Lehmann, § 199, texte et note 20 ; cf. également Lewis, *op. cit.*, p. 263.

Toute cette théorie qui soulevait déjà il y a 40 ans les objections de Heffter dans son étude « Ueber die Rechte der Anwärter bei Veräusserung landesherrlicher Familienfideikommissgüter mit Rücksicht auf die bei dem hohen Bundestage schwebende Reklamationssache des Reichsgrafen von Bentinck (1) », a rencontré l'opposition motivée de M. Rosin. D'après cet auteur auquel nous nous rallions, l'ancienne théorie, celle qui régnait notamment au siècle passé, accordait dans tous les cas à l'Anwärter ce que la théorie actuellement régnante ne lui accorde que dans l'hypothèse d'une clause formelle en ce sens insérée par le constituant dans l'acte de fondation. Les éléments caractéristiques de l'ancienne théorie se trouvent déjà dans les littératures espagnole et italienne, Knipschild s'en est inspiré (2).

Il est vrai que ces effets ne se produisaient qu'en vertu d'une prohibition expresse d'aliéner, émanant du constituant, mais cette prohibition devint de style d'abord dans certaines, puis dans toutes les fondations de fidéicommis (3). Une clause spéciale analogue à celle exigée par la théorie régnante était déjà mentionnée par l'ancienne littérature, mais non tenue pour nécessaire, quoique utile.

(1) Question de la succession Bentinck.

(2) Rosin, pp. 371 et 372.

(3) Rosin, pp. 372 et 373. Textes cités à la note 23, notamment le passage suivant de Kreittmayer où se trouve résumée la question avec mention de différences que d'autres tairont après lui (*Anmerkungen über den Cod. Max. bav.*, III, p. 854, Ziff., 2). « Ob solcher (der Widerruf) noch in Lebzeiten des Alienanten, oder erst nach seinem Tode Statt habe, wird de jure communi kontrovertirt ; viele fallen darunter auf die Distinktion inter expressam et tacitam alienationis prohibitio-nem, und wollen die Revokation in Lebzeiten nur ersten, nicht aber andernfalls zulassen ; allein unser Codex (sc. Max. bav. civ.) schneidet indistinctim durch und muthet substitutis die Zuwart bis auf Alienantis Tod keineswegs zu, sondern gestattet ihnen den Widerruf noch in Lebzeiten, gleich nach geschehener Alienation. »

Est-il exact, comme l'admet la théorie courante, que l'action en nullité compétant à l'Anwärter soit dans tous les cas une revendication (1) ? Il va là matière à examen.

L'argument invoqué par les partisans de la théorie dominante est le suivant : si l'action n'était pas une revendication intentée en vertu d'un droit de propriété, ce serait une action en nullité qu'un tiers quelconque pourrait intenter. « L'argument est trop surprenant, dit M. Rosin (2), pour que l'on ne se sente pas contraint à examiner si précisément on ne pourrait pas, ou si on ne devrait pas trouver dans ce qui distingue l'Anwärter de tout tiers, à savoir son expectative (Anwartschaft), une raison de droit suffisante pour attaquer l'aliénation à l'égard des tiers, même indépendamment de la commise possible, dans certaines circonstances, de la propriété du fidéicommis. »

La théorie dominante soulève des objections pratiques.

Ce que l'on demande en effet à l'une des pièces de la structure d'une institution, c'est de répondre au but de l'ensemble. Le but de l'institution du fidéicommis est de maintenir un bien dans une famille à l'aide d'une prohibition d'aliéner (3) et d'un ordre de dévolution successorale spécial. Le but du fondateur n'est pas d'assurer seulement la transmission héréditaire du bien dans une famille de génération en génération, sans se soucier du sort que les actes des titulaires successifs auraient fait subir dans l'intervalle de chaque dévolution au bien qu'ils doivent à la prévoyance d'un ami ou d'un chef de famille. Ce qu'a voulu le fondateur c'est la familiarité continuelle, permanente d'une race avec un bien et non pas un simple

(1) Rosin, *op. cit.*, p. 378.

(2) *Op. cit.*, p. 378.

(3) Rosin, *op. cit.*, p. 379.

contact intermittent provoqué par chaque changement de génération. Or de cette volonté la théorie régnante ne tient nullement compte ; on ne peut considérer comme satisfaisant, un principe « qui force les membres de la famille à assister silencieusement à une aliénation, et qui contraint le successible à chaque dévolution héréditaire à disputer en justice à des mains tierces la fortune fidéicommissaire ou peut-être à la refaire par fragments recouvrés sur des possesseurs différents (1) ».

La doctrine dominante ne porte pas seulement atteinte à la volonté du fondateur, elle n'est pas seulement préjudiciable à l'intérêt de la famille, elle a de plus de fâcheuses conséquences pour l'intérêt général. La possibilité d'une attaque immédiate est plus favorable à la sécurité de la circulation des biens ; de même que l'exécution non différée d'une opération inéluctable vaut mieux pour le patient (2).

Les objections théoriques de détail ne manquent pas non plus contre la théorie dominante (3).

Refuser l'action immédiate aux *Anwärter*, la refuser à l'aliénateur, c'est créer une nullité sans sanction ; la

(1) Rosin, *op. cit.*, p. 381. Je me suis donné une certaine latitude dans la traduction. Cf. également la belle comparaison de M. Rosin, *op. cit.*, p. 357.

(2) Rosin, *op. cit.*, p. 383.

(3) Cf. Rosin, *op. cit.*, p. 383 et seq. Celles faites par Rosin ne me paraissent pas toutes également probantes. Il y a contradiction d'après cet auteur à considérer l'aliénation comme nulle et à repousser l'aliénateur par l'*exceptio rei venditæ* ; car l'*exceptio rei venditæ* donne les mêmes résultats qu'un droit de propriété au profit de l'acquéreur. Matériellement sans doute la conséquence est la même, mais il n'en subsiste pas moins une différence juridique entre une propriété ferme et un droit de détention protégé par une exception. Le droit romain avait exécuté sur ce thème d'assez jolies variations. A aller au fond des choses le reproche de contradiction atteint toute la théorie des exceptions. La vérité est que la théorie dominante a tort d'accorder l'*exceptio rei venditæ* elle-même.

théorie moderne prescrit le respect d'une prohibition d'aliéner et l'indifférence à l'égard de son inobservance. L'ancienne théorie n'avait pas de ces contradictions, elle refusait, il est vrai, l'action à l'aliénateur, mais en raison du droit d'attaque immédiat accordé aux Anwärter. La théorie moderne en supprimant l'action immédiate de ceux-ci a perdu toute raison de refuser l'action à celui-là.

La théorie régnante fait dépendre l'effet de la revendication intentée par l'aliénateur de la bonne ou de la mauvaise foi de celui-ci, c'est-à-dire que l'exécution de la volonté fondatrice sera ou non immédiatement assurée selon l'état d'âme du propriétaire actuel; effet d'autant plus bizarre que l'erreur constitutive de la bonne foi réside dans l'ignorance de la qualité du bien de sorte que, comme le dit M. Rosin (1), « la réalisation complète d'une prescription obligatoire n'a pas pour condition la connaissance qu'en a l'obligé mais son ignorance ».

L'ancienne théorie qui admettait la commise du droit de l'aliénateur en dehors de toute clause expresse de l'acte de fondation valait donc mieux. Celui qui aliène s'est montré indigne de la faveur à lui faite, d'être chargé de la conservation du bien de famille. Exiger une clause formelle de commise lorsque cette commise répond à la volonté réelle du fondateur constitue un pur formalisme.

Dans l'ancien droit allemand les héritiers avaient en cas d'aliénation par eux non consentie un droit immédiat sur l'immeuble aliéné et cela a bien son importance car le fidéicommiss allemand est une construction à la romaine, mais abritant des pensées juridiques allemandes (2).

(1) P. 387. Cf. sur deux autres objections, *loc. cit.*

(2) Rosin, *op. cit.*, p. 391; M. Rosin, pp. 391-400, invoque à l'appui de son argumentation le droit romain que Lewis avait invoqué à l'appui de la sienne. Mais ne dut-on pas l'interpréter comme M. Rosin le fait que

Ce droit provenait de l'expectative, de l'*Anwartschaft* que l'*Anwärter* avait en souvenir d'une copropriété familiale trouvant son expression dans le droit pour le plus proche héritier de concourir (1) aux aliénations (*Beispruchsrecht*). En matière de fidéicommiss l'action ne provient pas d'une *Anwartschaft* légale, mais d'une *Anwartschaft* créée par la volonté individuelle, l'*Anwartschaft* résulte ici de l'idée de succession *ex pacto et providentia majorum* (2).

Cette action a une certaine analogie avec l'action en retrait, l'*Anwärter* agit en vertu d'un droit plus fort que celui de l'aliénateur ; mais son action diffère d'une action en retrait en ce qu'il l'intente sans bourse délier, et qu'à la suite de son exercice il ne devient pas propriétaire. Il ne pourrait prétendre qu'à ce que l'acquéreur a obtenu. Or celui-ci n'a rien obtenu, l'aliénation étant nulle.

ses solutions ne seraient d'aucune influence à l'égard d'une institution germanique actuelle.

Le droit des fiefs fournit également un argument d'analogie. Le droit lombard accordait une action immédiate en cas d'aliénation à celui dont l'influence dans le rapport féodal, surtout à l'origine, était prépondérante, c'est-à-dire au suzerain. Le fief se trouvait donc protégé indirectement au profit de la famille ; on s'explique dès lors que les héritiers du vassal aliénateur n'aient eu le droit d'agir qu'au décès de celui-ci. D'ailleurs les *Anwärter* avaient pour soustraire le bien à l'aliénateur la ressource d'un retrait, qu'ils ne pouvaient exercer, il est vrai, que moyennant remboursement du prix d'acquisition.

(1) Du moins dans la forme que le *Beispruchsrecht* avait prise au Nord, principalement dans le droit saxon. Au Sud la *Gesammte Hand* assurait encore mieux les droits de la famille. Cf. *suprà*. M. Rosin me semble avoir tort toutefois de ne pas voir dans l'action du plus proche *Anwärter* telle que la déférait l'ancien droit allemand (notamment le *Sachsenspiegel*) une revendication fondée sur la fiction d'une succession anticipée. Il ne faut pas d'ailleurs confondre le moyen de protection avec le droit protégé, le droit protégé c'était l'« *Anwartschaft*, » expression d'un droit supérieur de la famille, peut-être vestige d'une ancienne copropriété familiale.

(2) Nous reconnaissons sans peine ici qu'il n'y a plus une revendication.

Ce que l'Anwärter peut réclamer avec son action, ce n'est pas la propriété du fidéicommis, mais seulement sa possession (1). La propriété de l'Anwärter n'est pas le fondement de l'action, elle n'en est pas davantage la conséquence. Il y a commise du droit du titulaire du fidéicommis non *quoad jus* mais *quoad exercitium* (2).

Cette action appartient à tout Anwärter et l'ordre de leur vocation successorale ne détermine entre eux que celui qui sera appelé à la jouissance du bien. Leur position peut être comparée à celle de plusieurs créanciers solidaires vis-à-vis du débiteur. Peut-être l'acquéreur condamné à restituer pourrait-il exiger lors de la restitution une *cautio defensum iri* le mettant pratiquement à l'abri des prétentions des Anwärter ultérieurs (3).

D'après la théorie dominante l'action des Anwärter ne se prescrit à l'encontre de chacun d'eux qu'à partir du moment où par le jeu des dévolutions successorales, celui-ci

(1) L'Edit bavaïois ne statue pas directement sur la question, mais il ne semble pas qu'il attribue à l'Anwärter la propriété du bien aliéné sans autorisation (argument, § 52), quant à l'attribution de la possession à l'Anwärter qui a agi, elle n'a pas lieu de plein droit, la nomination d'un administrateur en cas d'abus de la part du titulaire du fidéicommis semble plutôt être une question de famille à régler avec le concours du tribunal. Il n'y a pas d'attribution directe de la possession § 71 et 72, cf. § 43, nos 3 et 4 (übte Verwaltung, Erhaltung der Substanz).

(2) Cf. Rosin, *op. cit.*, p. 407, ainsi que sur les conséquences heureuses qui en résultent dans l'intérêt des Anwärter plus proches nés dans l'intervalle de l'exercice de l'action en retrait et du décès du titulaire du fidéicommis. Parfois il sera plus conforme aux intentions du fondateur de n'aboutir qu'à un simple séquestre entre les mains des Anwärter, les intérêts de la famille seront ainsi sauvegardés, sans que l'aliénateur soit privé de la jouissance du bien. Cf. la disposition de l'Edit bavaïois sur l'administration des Anwärter, §§ 71 et 72. Cf. Rosin, *op. cit.*, p. 419.

(3) Cf. Rosin, *op. cit.*, p. 413 et note 17.

en a l'exercice (1). Dans la théorie nouvelle la solution doit être maintenue pour l'action en revendication qui compète à chaque Anwërter lors de l'ouverture de son droit (2) ; quant à l'action fondée sur l'Antwertschaft elle se prescrit à compter de l'aliénation.

Cette double question de la sanction du droit des Anwërter et de l'époque de son exercice perd avec un régime de publicité bien organisé et le contrôle judiciaire auquel se trouvent soumis les fidéicommiss beaucoup de son intérêt pratique (3). Avec l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sur les livres fonciers (art. 52) on pourra sans doute généraliser cette remarque de M. Rosin sur la législation prussienne (4) : « Par là (l'Eintragung dans le Grundbuch effectuée par les soins de l'Oberlandesgericht comme Fideikommissbebehörde) sont rendus en fait impossibles sur le bien tous actes de disposition du possesseur exigeant pour leur exécution l'« Auflassung » (transmission solennelle) de tout ou partie du bien ou requérant une Eintragung quelconque dans le Grundbuch (livre foncier) tant qu'il n'est pas en mesure de prouver l'accomplissement des conditions légitimant sa demande..... »

C'est là le propre des législations en progrès sous une impulsion législative féconde de renouveler les questions que soulève le règlement des rapports de droit, de les placer en quelque sorte sur un autre terrain et en présence des éléments croissants de complexité de la vie juridique

(1) Stobbe-Lehmann, § 199, IV ; Gierke, *Handwörterbuch*, V^o *Fideikommiss* ; Lewis, *op. cit.*, p. 264.

(2) L'action révocatoire n'a pas en effet un aspect unique. Rosin, *op. cit.*, p. 417. Elle varie selon les époques, fondée sur l'Anwartschaftsrecht du vivant du titulaire du fidéicommiss, elle repose sur un droit de propriété au décès de celui-ci. *Contra*, Cosack-Gerber, § 76, note 19.

(3) Cf. *suprà*, p. 216.

(4) *Op. cit.*, p. 434.

moderne de chercher à prévenir les conflits résultant d'une connaissance insuffisante des droits d'autrui (1).

Nous avons examiné les droits appartenant aux Anwärter en cas d'aliénation sans autorisation de leur part, quelles sont en retour les obligations qui découlent pour eux de leur acquiescement ?

L'Anwärter qui a consenti à une vente ne peut naturellement pas l'attaquer ultérieurement (2), mais son assen-

(1) Une question controversée est celle de savoir si les héritiers allo-diaux de l'aliénateur peuvent intenter l'action. Dans la théorie qui diffère l'exercice de l'action des Anwärter jusqu'à l'ouverture de leur droit au fidéicommiss répond négativement à la question posée, c'est assurer à l'acquéreur toute tranquillité pour une série d'années ; dans la théorie que nous avons adoptée à la suite de M. Rosin une réponse négative n'a pas une influence autrement favorable sur la situation de l'acquéreur. Elle supprime un certain nombre de demandeurs en nullité après la mort de l'aliénateur, mais ne porte aucunement atteinte au droit d'action immédiate des Anwärter ; car du vivant de l'aliénateur ils n'ont que la qualité de successibles, on ignore encore le parti qu'ils prendront au décès de leur auteur.

En raison de la pensée qui a présidé à la constitution du fidéicommiss il semblerait préférable de résoudre la question posée par l'affirmative. La solution en effet, répond mieux à l'idée de la succession *ex pacto et providentia*. Mais l'idée de la succession à la personne du dernier titulaire tient en échec les conséquences que l'on pourrait tirer de l'idée de la succession *ex pacto et providentia majorum*. En acceptant la succession allodiale l'héritier fait sienne la condition du défunt, il ne saurait avoir plus de droits que son auteur. Comme le fait remarquer une décision du Reichsgericht (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*), tome 26, p. 153. « Ce que l'Anwärter acquiert d'une part en vertu de la fondation, il le perd de l'autre comme successeur universel de l'aliénateur... en vertu d'une obligation (Cf. Stobbe-Lehmann, § 199, texte et note 22 ; Cosack-Gerber, texte et note 21. On sait que la protection résultant pour la famille des substitutions fidéicommissaires telle que l'a admise le Code civil français ne fonctionne qu'autant que les héritiers ont pris la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer. Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome VII, § 696, texte et note 97. L'article 31, titre II de l'ordonnance de 1747 donnait une solution différente.

(2) *Contrà*, Edit bavarois, § 52. Cf. *suprà*, p. 214, texte et note 3.

timent n'a qu'une valeur strictement personnelle, il ne lie pas ses descendants, à moins que ceux-ci n'aient à répondre de ses actes en tant qu'héritiers allodiaux (1).

D. — *Des dettes de fidéicommiss.*

Le fidéicommiss et le patrimoine allodial forment deux masses distinctes, ayant chacune leurs droits et leurs obligations. Nous avons à étudier maintenant les obligations de la masse fidéicommissaire. Une première question délicate entre toutes est celle de leur détermination.

Si dans la structure du fidéicommiss moderne on était resté fidèle aux principes on aurait dû prohiber tout endettement du fidéicommiss. Mais les principes ont cédé en notre matière comme ils ont cédé en matière d'inaliénabilité.

La règle que le fidéicommiss ne peut pas être grevé de dettes souffre en droit commun deux exceptions. La première, en faveur de dettes que le fondateur a, lors de la fondation ou après, assignées sur le fidéicommiss, la deuxième, en faveur de dettes contractées par le titulaire actuel du fidéicommiss en vue de maintenir le bien avec l'affectation voulue par le fondateur (cas fortuits, force majeure, etc.). Le titulaire actuel du fidéicommiss fait ce que le fondateur eût fait en pareille circonstance, il agit dans le sens de la pensée de celui-ci. C'est une post-fondation (2).

(1) Gierke, *Handwörterbuch der Staatswissenschaft*, V° *Fideikommiss*; Stobbe-Lehmann, § 199, texte et note 23. *Contrà*, § 83 de l'Edit bavaïrois; Code saxon, § 2537 sous certaines conditions. La décision du Reichsgericht citée *suprà*, p. 225, note 1, s'applique également aux héritiers allodiaux d'un Anwärter consentant, « ce que l'Anwärter acquiert d'une part, en vertu de la fondation, il le perd de l'autre comme successeur universel de l'aliénateur ou d'un de *cujus* ayant consenti à l'aliénation en vertu d'un lien de droit ».

(2) « Nachstiftung » dit Gerber, dans une dissertation insérée en

D'autre part le titulaire actuel du fidéicommis en perçoit les fruits, ceux-ci pourront donc être affectés au paiement de ses dettes allodiales, mais cette affectation ne pourra pas dépasser la durée de sa possession. Son successeur au fidéicommis n'en sera tenu qu'autant qu'il sera héritier allodial et en cette qualité.

Nous avons là les éléments des trois sortes de dettes qui grèvent soit la substance soit les revenus du fidéicommis. Aux dettes de la première catégorie ont été adjointes les dettes contractées avec l'autorisation des Anwärter en vertu des Familienschlüsse. Ces dettes de la première catégorie sont qualifiées de Fideikommissschulden au sens large ; le bien peut être vendu aux enchères pour leur satisfaction : Celles de la deuxième catégorie sont appelées Fideikommissschulden au sens étroit ; pour les uns elles grèvent même la substance du fidéicommis (1), pour d'autres elles ne grèvent que les fruits ou revenus même après l'expiration du temps de détention du débiteur ; les revenus sont grevés, le bien eût-il passé entre les mains de nombreux titulaires. C'est cette persistance de la charge qui distingue notre deuxième catégorie de dettes de la troisième.

Ces obligations de la deuxième catégorie n'ont pas besoin pour être valablement contractées d'être consenties par la famille entière ; un Familienschluss n'est pas ici nécessaire, on se contente d'un contrôle judiciaire ou de l'assentiment de quelques agnats (2).

La plupart des législations particulières ne reconnaissent comme Fideikommissschulden que les dettes de la première

1854 dans la *Zeitschrift für Civilrecht et Prozess Neue Folge*, t. XI, p. 183. La dissertation a été reproduite dans les *Abhandlungen* du même, t. I, p. 159 et seq. « Zur Lehre von den Lehns und Familienfideikommissschulden ».

(1) Gerber, par exemple.

(2) Cf. sur tous ces points, Gerber-Cosack, §. 76, notes 15 et seq. ; Stobbe-Lehmann, § 199, V ; Miaskowski, *op. cit.*, pp. 36 et 37.

catégorie dont elles n'ont autorisé la naissance que moyennant certaines garanties. Le Code civil saxon (1) exige pour grever le fidéicommis le consentement de tous les Anwærter vivants ; au cas de refus sans raison suffisante, ce consentement peut être suppléé par le tribunal. Mêmes solutions ou solutions analogues dans les lois hanovrienne (2) et hessoise sur les fidéicommis (3).

Ces lois ont au surplus élargi le cercle de ces dettes de première catégorie. Le Code saxon se contente de dettes contractées en vue d'un « emploi nécessaire ou utile » sur le fidéicommis. La loi hanovrienne est seule restée fidèle au principe ; elle n'autorise ces Fideikommissschulden que lorsqu'elles ont pour but la conservation du bien.

En raison du danger que ces Fideikommissschulden font courir à l'objet, certaines lois particulières ont édicté une précaution spéciale, un maximum d'endettement. La loi hanovrienne du 13 avril 1836 prescrit de laisser au possesseur du fidéicommis un revenu net de 800 thalers, intérêts des dettes payées (4). D'après la loi hessoise du 13 septembre 1858 (5), l'endettement ne doit pas porter atteinte au minimum de valeur fixé par la loi pour la constitution d'un fidéicommis (6).

Les législations badoise, bavaroise et prussienne connaissent à côté de ces Fideikommissschulden au sens large, grevant la substance, les Fideikommissschulden au sens étroit (Nachstiftungen) ne grevant que les revenus d'après la plupart des lois (7). A défaut de paiement, il

(1) 2533.

(2) § 35.

(3) §§ 19, 20.

(4) § 35. Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 311.

(5) § 20.

(6) Cf. Stobbe-Lehmann pour l'Autriche, § 199, note 42.

(7) Gerber-Cosack, § 16, note 17.

n'y a pas en règle d'expropriation du bien, mais un simple séquestre (1).

D'après le Landrecht badois (2), le fonds du Stammgut n'est affecté qu'aux Fideikommissschulden hypothécaires, contractées en vue de dédommager les frères et sœurs exclus de la succession, ou à celles contractées en vue de maintenir le Stammgut. Mais tant que la valeur du Stammgut ne dépasse pas le minimum légal on ne peut que s'attaquer aux fruits.

L'Edit bavarois connaît également nos deux sortes de Fideikommissschulden (3). Parmi les dettes de la première sorte (erster Klasse d'après l'Edit) il faut comprendre (4) : 1° celles qui, lors de la constitution du fidéicommis, ont été expressément assignées sur celui-ci, par l'accord des intéressés, en particulier les légitimes ; 2° celles qui ont pour cause l'acquisition d'un bien incorporé au fidéicommis ; 3° celles provenant de frais de procès ou de transactions concernant la substance du fidéicommis ; 4° celles contractées en vue du rétablissement de bâtiments nécessaires et utiles, etc. Pour pouvoir contracter ces dettes, il faut au titulaire du fidéicommis l'autorisation du tribunal, les Anwärter entendus. Les dettes de seconde classe étant de moindre importance (5), les pouvoirs accordés au tribunal en matière d'autorisation sont moins considérables, celui-ci est plus tenu au respect des volontés des Anwärter quoiqu'il ne soit pas lié par elles (6).

Le Landrecht prussien fait aussi la distinction des deux

(1) Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, § 199, note 39.

(2) Landrecht badois, 577, cp. cq. cr. cs.

(3) Fideikommissschulden de première et de deuxième classe, § 54.

(4) § 56.

(5) Elles ne proviennent pas de la volonté du fondateur ou n'ont pas pour but le maintien du fidéicommis lui-même.

(6) § 61.

sortes de Fideikommissschulden. Les premières sont celles auxquelles le fondateur a affecté le fidéicommis, et celles qui ne peuvent pas être acquittées sur le surplus de sa fortune (1); enfin, celles rendues nécessaires par le mauvais état des bâtiments compris dans le fidéicommis sans qu'il y ait faute de la part du titulaire actuel (2). L'emprunt à faire dans ces circonstances est-il d'une telle importance qu'il ne puisse être remboursé à l'aide des seuls revenus du fidéicommis, qu'un Familienschluss est nécessaire (3).

A la deuxième catégorie de Fideikommissschulden appartiennent entre autres : 1° les impenses nécessaires qui ne sont pas à considérer comme charges de la jouissance et ne rentrent pas en raison de leur importance dans la catégorie précédemment citée; 2° les emprunts nécessaires à l'exécution des prestations conformes à la Stiftung lorsque les revenus du fidéicommis dévasté par un cas de force majeure sont insuffisants à cet effet.

Toutes les lois ont prévu un amortissement des dettes grevant le fidéicommis et exigent dans ce but l'observation exacte de plans d'amortissement déterminés. D'après l'Edit bavarois (4) le plan d'amortissement à adjoindre à chaque dette doit prévoir l'extinction de celle-ci dans un laps de temps aussi court que possible (5). Mais en aucun cas les termes annuels ne doivent être inférieurs à 5 0/0 du capital; et le titulaire du fidéicommis doit en accepter de plus élevés tant que le revenu de la fortune fidéicommissaire légale lui est assuré (6).

(1) Landrecht prussien, II, 4, § 194 « ursprüngliche Schulden ».

(2) Landrecht prussien, II, 4, § 81.

(3) Landrecht prussien, II, 4, § 114.

(4) § 69.

(5) « Sobald es geschehen Kann. »

(6) Cf. dans Hoffmann, *op. cit.*, p. 149, une table d'amortissement

D'après le Landrecht prussien (1) les termes de remboursement doivent être fixés d'accord avec les Anwärter, ou à leur défaut d'après l'appréciation du juge. Le taux des paiements à effectuer chaque année ne peut pas dépasser le $\frac{1}{4}$ des revenus normaux du bien évalués approximativement (2). Un taux inférieur au $\frac{1}{4}$ des revenus normaux du bien ne peut être consenti par les Anwärter au possesseur du fidéicommiss que dans l'hypothèse où même avec ce taux réduit la dette pourrait être amortie dans le délai de 10 ans (3).

Bien entendu la fondation du fidéicommiss ne peut pas porter atteinte aux droits des créanciers hypothécaires ou chirographaires du constituant, mais ces derniers ne peuvent exercer leur droit sur l'immeuble qu'autant qu'il est entre les mains de celui-ci à moins qu'il ne s'agisse d'une transmission successorale (4).

E. — *Distinction de la fortune fidéicommissaire et du patrimoine allodial.*

Dans des cas déterminés (faillite, mort du titulaire du fidéicommiss ne laissant comme héritiers allodiaux que des cognats) les deux masses composant le patrimoine d'un titulaire du fidéicommiss ont un sort différent ; il importe

dressée d'après les calculs de la *Bodenkreditbank* du sud de l'Allemagne à Munich.

(1) §§ 96 et seq., II, 4.

(2) § 97.

(3) § 100.

(4) Stobbe-Lehmann, § 198, V ; Lewis, *op. cit.*, pp. 292, 293, 294, 295. S'il s'agissait de la constitution d'un fidéicommiss entre vifs au profit d'autres personnes que le constituant, il y aurait, d'après Lewis (*op. cit.*, p. 204), lieu de faire application de la règle « non sunt boni nisi deducto ære alieno ». Que si le constituant établissait entre vifs un fidéicommiss au profit de sa famille il ne pourrait évidemment, en qualité de premier titulaire du fidéicommiss, se soustraire sur les biens qui y seraient soumis aux conséquences des obligations par lui antérieurement contractées.

donc de faire un départ entre elles. Les règles applicables sont celles adoptées par le droit féodal en une matière analogue ; ce sont les règles de la « Lehnssonderung » (1).

Le Landrecht prussien confirme expressément cette extension (2). Toutefois à l'égard de la répartition des fruits pendants par branches et racines il suit les règles de la matière de l'usufruit (3).

Cette séparation des masses ne peut pas s'opérer d'une façon mécanique, les liens qu'elles avaient entre elles du fait d'une administration commune ne se peuvent trancher brutalement, il les faut dénouer, c'est à cela que servent les obligations réciproques des masses l'une envers l'autre (4).

Le Landrecht prussien se montre particulièrement rigoureux en notre matière. Les héritiers allodiaux n'ont pas de droit à indemnité pour les impenses faites par leurs auteurs de ses deniers personnels sur le fidéicommis alors même qu'elles figureraient dans la catégorie des Fideikommissschulden de deuxième classe (5). Il n'est fait exception que pour les dépenses effectuées en cas de péril en la demeure et pour l'extinction desquelles l'autorisation d'emprunter a été immédiatement demandée (6).

L'Edit bavarois (7) applique en matière d'améliorations les règles de l'usufruit avec cette restriction que le titulaire actuel est en droit de déduire de la somme à payer

(1) Cf. Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, § 199, VI ; Gierke, *Handwörterbuch*, *loc. cit.*

(2) Landrecht prussien, II, 4, § 241.

(3) II, 4, § 242. Même solution dans le paragraphe 74 de l'Edit bavarois.

(4) C'est en quelque sorte une théorie des récompenses.

(5) § 218.

(6) § 220.

(7) § 75.

les acomptes que son prédécesseur aurait eu à acquitter d'après le paragraphe 69 (relatif à l'amortissement) s'il avait contracté pour ces améliorations une Fideikommiss schuld. Comme l'amortissement minimum prévu par ce paragraphe 69 est annuellement de 5 0/0 du capital prêté (1) il s'ensuit que le titulaire actuel du fidéicommiss n'aura rien à rembourser aux héritiers allodiaux de son prédécesseur lorsque celui-ci aura eu pendant vingt ans le profit des améliorations. En d'autres termes l'Edit bava- rois considère le titulaire du fidéicommiss qui fait des impenses d'amélioration avec son propre patrimoine comme un créancier de Fideikommissschuld (2).

En revanche les héritiers allodiaux sont tenus de dé- dommager le titulaire du fidéicommiss des détériorations ou diminutions de substances survenues au fidéicommiss ; les législations particulières mentionnent cette obliga- tion des héritiers allodiaux dans des termes sensiblement analogues (3). Ils sont tenus pour l'*omnis culpa* de leur auteur (4). La loi brünswickoise de 1858 (5) limite la responsabilité des héritiers allodiaux au dol et à la *culpa lata* de leur auteur (6).

(1) Cf. *suprà*, p. 230.

(2) Cf. dispositions analogues de loi brünswickoise de 1858, 4, de la loi hessoise, 28.

(3) Le Landrecht prussien n'a pas de disposition spéciale sur la ques- tion. Il statue simplement dans les termes suivants, II, 4, § 207. « Dem Nachfolger müssen die Erben des letzten Besitzers das Fideikommiss so *ausantworten*, wie dasselbe von dem Stifter auf ihren Erblasser gediehen ist. »

(4) « Für jede auf das Fideikommiss sich beziehende Pflichtver- säumnis », dit le paragraphe 73, al. 2 de l'Edit bava- rois.

(5) § 4.

(6) Miaskowski, *op. cit.*, p. 30, note 54, p. 36, note 71.

F. — De la succession au fidéicommiss.

A) Caractère de cette succession.

La succession au fidéicommiss est une succession à part (Singular succession) qui dans chaque cas particulier s'accomplit en vertu de la volonté du fondateur. Le nouveau titulaire du fidéicommiss ne succède donc pas à son prédécesseur immédiat mais à celui qui a constitué le fidéicommiss. Pour expliquer cette particularité la doctrine a emprunté à la matière des fiefs la théorie de la *successio ex pacto et providentia majorum*.

La succession au fidéicommiss est un cas de *successio ex pacto et providentia majorum* (1). L'idée a même été poursuivie en notre matière sans dérogation jusque dans ses dernières conséquences. Le respect de la volonté du fondateur s'affirme ici d'une façon particulière. Les descendants du dernier titulaire du fidéicommiss peuvent faire le départ des deux masses laissées par le *de cujus* et accepter la succession fidéicommissaire tout en renonçant à la succession allodiale (2). Il en va autrement en matière de fiefs (3).

Cette succession au fidéicommiss a lieu *ipso jure* ; la maxime « le mort saisit le vif » reçoit ici son application (4).

(1) Gierke, *Handwörterbuch*, V° *Fideikommiss* ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 26 ; Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, tome V, p. 364 ; Gerber-Cosack, § 221 ; Hager, *op. cit.*, p. 6 ; Rosin, *op. cit.*, p. 354 ; Lewis, *op. cit.*, p. 320.

(2) Cf. Landrecht badois, 577 en. Edit bavarois, § 82 ; Landrecht prussien, I, 9, § 404. Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 324 ; Stobbe, *loc. cit.*

(3) Stobbe, *op. cit.*, p. 330-334 ; Gerber-Cosack, § 313, note 4 et § 320, note 3.

(4) Gierke, *loc. cit.* ; cf. Landrecht prussien, II, 4, § 206. « Das nutzbare Eigentum des Fideikommisses geht mit dem Augenblicke, da der bisherige Besitzer verstirbt, auf den Nachfolger über. » Lewis, *op. cit.*, pp. 326 et 403.

Chaque possesseur tient en effet son droit immédiatement du fondateur.

Cette transmission successorale ne doit pas être envisagée comme la transmission d'objets isolés sans lien entre eux, c'est bien plutôt la transmission d'une masse et d'un patrimoine à part (1).

Le fidéicommis est un patrimoine et comme tel, il ne s'éparpille pas en droits et en obligations indépendants, il se concentre bien plutôt en un tout dont les éléments peuvent varier au cours des temps, mais dont la structure dans ses lignes essentielles ne varie pas.

Ce patrimoine joue un rôle spécial en vertu de la volonté du fondateur et du but qu'il poursuit. Le respect de la volonté fondatrice et la considération du but poursuivi avaient amené en notre matière une modification considérable au principe de la *successio ex pacto et providentia majorum*. Les descendants avaient plus d'indépendance qu'en matière de fief (2).

B) De l'aptitude à succéder.

Peuvent être successibles les seuls membres de la famille au profit de laquelle le fidéicommis a été constitué.

(1) L'expression Singular-Succession ne doit pas en effet faire illusion, elle n'est exacte qu'autant qu'elle signifie qu'il n'y a pas de succession à la totalité de ce qu'a laissé vacant le décès du dernier titulaire du fidéicommis (fidéicommis et fortune allodiale); mais elle rend insuffisamment l'idée qu'il y a succession à une masse particulière ou à un patrimoine objectivement distinct du patrimoine allodial du *de cujus*, au patrimoine spécial constitué par le fondateur du fidéicommis. Il n'y a pas davantage de succession universelle à la romaine; aussi Stobbe proposait-il de qualifier cette succession de succession universelle spéciale (Spezielle Universalsuccession, Stobbe, p. 365, note 6). Nous nous trouvons en présence d'un vestige important d'une idée bien germanique, la pluralité des successions. — Cf. Stobbe, § 278, note 11; Gerber-Cosack, § 313, note 5; Rosin, *op. cit.*, p. 335.

(2) Cf. *suprà*, p. 234.

C'est au constituant du fidéicommiss à déterminer souverainement les conditions d'aptitude requises pour être habile à succéder (1). Il résulte du but même de l'institution, de la pensée aristocratique qui l'anime qu'en l'absence de dispositions contraires de la part du fondateur du fidéicommiss, les parents par les mâles (2) excluent les parents par les femmes et cela même dans les familles n'appartenant pas à la noblesse (3). Le paragraphe 2527 (4)

(1) Par exemple : le successible devra être de telle religion, être issu de tel mariage, avoir tant de quartiers de noblesse, etc. — Cf. Stobbe, *op. cit.*, p. 365 ; Gierke, *op. cit.*

(2) D'après Gerber-Cosack, § 321, note 1, il faudrait dire ici « tous les parents par les mâles », ne fussent-ils pas descendants du fondateur (bien entendu au cas où il a constitué le fidéicommiss dans sa famille). En l'absence de disposition expresse en ce sens, il me semble qu'il est plus conforme à l'idée de la *successio ex pacto et providentia* de n'admettre que les descendants du fondateur (Cf. Stobbe, § 321, note 13 ; Lewis, *op. cit.*, p. 359, note 85 ; Hoffmann, *op. cit.*, pp. 35 et 36).

(3) Là où le fidéicommiss ne constitue pas un privilège nobiliaire (Grand-Duché de Bade et Bavière, cf. *suprà*, p. 196).

Contra, Gerber-Cosack, § 231, note 1 *in fine*, à moins d'une disposition spéciale. Le fondateur appartenant à une famille bourgeoise qui n'a pas prescrit l'exclusion successorale des femmes songe moins à maintenir l'éclat du nom qu'à assurer des moyens de subsistance à toute la famille. Gerber rapproche le fidéicommiss roturier de la Familienstiftung. Mais comme le fait remarquer Stobbe, *loc. cit.*, cette opinion ne tient pas compte de ce fait que, dans les familles non nobles, aussi bien que dans les familles nobles le nom ne se transmet que par les mâles. Comme le dit Koch sur le paragraphe 189, II, 4, du Landrecht prussien, « les non nobles pensent à l'éclat de leur famille et au maintien de leur nom tout aussi bien et avec autant de droit que les personnes dont le nom commence par un « de » (cité par Stobbe, *op. cit.*, p. 366, note 10, *in fine*). Il faut remarquer d'ailleurs que les anciens auteurs en mentionnant la possibilité pour les personnes n'appartenant pas à la noblesse de fonder un fidéicommiss, font valoir que « quæcumque persona desiderat honorem et augmentum sui status, familiæ et agnationem ». Cf. le passage de Knipschild, *suprà*, p. 197. Lewis, *op. cit.*, p. 342. Enfin les lois ne distinguent pas selon la qualité des personnes. La généralité des termes du paragraphe 189, II, 4, du Landrecht prussien, fournit un argument en ce sens.

(4) Lewis, *op. cit.*, p. 347, texte et note 78.

du Code saxon contient une dérogation considérable à ce principe ; à défaut de disposition expresse, il prescrit en effet d'appeler les femmes à la succession, concurremment avec les mâles.

En l'absence d'une disposition formelle, les cognats ne sont pas habiles à succéder même subsidiairement aux agnats (1). Toutefois dans cette hypothèse, la loi brünswickoise de 1858 (§ 6) appelle les femmes à la succession.

Le constituant peut améliorer la situation des cognats, mais il ne le peut pas d'après toutes les législations avec une efficacité égale ; les lois badoise, bavaroise et hanovrienne ne permettent d'appeler les femmes à la succession du fidéicommiss qu'en cas d'extinction de la ligne agnatique ; les autres législations donnent au fondateur une plus grande liberté.

Ce ne serait pas répondre à la nature et au but du fidéicommiss fait en vue de maintenir l'éclat et la considération d'une famille que de considérer comme aptes à succéder les enfants adoptifs (2), les enfants naturels (3), les Brautkinder (4),

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 26 ; Gierke, *op. cit.* ; Stobbe, p. 365 ; Edit bavarois, §§ 87 et 89 ; Landrecht prussien, § 189, II, 4.

(2) Edit. bavarois-sur la noblesse du 26 mai 1818, § 2 ; Hoffmann, *op. cit.*, p. 36 ; Landrecht badois, 577 et Code saxon, § 2527 ; Stobbe, *op. cit.*, p. 368, texte et note 20 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 27 ; Gerber, § 321 ; Lewis, *op. cit.*, pp. 335 et 336 qui fait valoir en faveur de la solution donnée au texte qu'il y aurait dans l'opinion contraire un moyen de tenir en échec l'inaliénabilité et d'exclure les descendants du fondateur du bénéfice du fidéicommiss.

(3) Edit. bavarois, § 77 ; Landrecht badois, 577 et ; Stobbe, *op. cit.*, p. 367 ; Miaskowski, p. 27 ; Gerber, *loc. cit.* ; Hoffmann, *op. cit.*, p. 36.

(4) Enfants de fiancés. Là même où la pratique les assimile aux enfants légitimes (Cf. sur ce cas Gerber-Cosack, § 264, texte et note 6, § 299, note 15). Il faut donner une solution contraire en droit saxon, en raison de l'assimilation formelle établie par le paragraphe 1578 de ce code, entre les Brautkinder et les enfants légitimes, Lewis, *op. cit.*, p. 335. Au surplus, la question a perdu de son intérêt, le nouveau

les enfants naturels légitimés par rescrit (1). Les enfants légitimés par mariage subséquent ne sont pas incapables de succéder, du moins dans la petite noblesse. Il en va autrement dans la haute noblesse en vertu d'un principe unanimement reconnu du *Privatfürstenrecht* (2). On doit donner une solution analogue à l'égard des enfants issus d'une mésalliance ou d'un mariage morganatique (3).

Code civil ne faisant pas aux Brautkinder une situation de faveur par rapport aux enfants naturels. Toutefois les dispositions transitoires de l'Einführungsgesetz (art. 208, al. 2), maintiennent au profit des Brautkinder nés ou conçus avant 1900, le bénéfice de la situation que leur accordait la législation locale.

(1) *Contrà*, Gerber-Cosack, § 321, note 4; Lewis, p. 339 à 334. Dans notre sens, Miaskowski, *op. cit.*, p. 27; Hoffmann, *op. cit.*, p. 57; Stobbe, p. 367, texte et note 76. La volonté du souverain ne peut en effet accorder à ces légitimés des droits de succession portant atteinte aux droits des membres de la famille.

A cela Lewis répond (*op. cit.*, p. 332) qu'il est aussi difficile de défendre au père de porter atteinte aux prétentions de ses agnats par une légitimation *per rescriptum* qu'il a sollicitée, que de lui défendre d'y porter atteinte en contractant mariage avec la mère de son enfant naturel. Mais la légitimation *per subsequens matrimonium* doit être envisagée avec plus de faveur que la légitimation *per rescriptum*; celle-ci n'a pas la portée morale de celle-là.

La grande majorité des législations particulières est dans notre sens. La solution ne sera pas modifiée du fait du nouveau Code civil, l'argumentation seule a changé d'aspect. Car si l'article 1736 décide que l'enfant obtient la situation juridique d'un enfant légitime, l'art. 1737, en limitant le cercle de sa parenté, lui enlève la possibilité de succéder *ex pacto et providentia majorum*.

(2) Heffter, *Sonderrechte*, p. 149, ne donne pas de solution sur ce point. Cf. Stobbe, p. 367; Gerber-Cosack, § 321, texte et note 4. D'ailleurs les fondateurs appartenant à la petite noblesse peuvent exclure les légitimés *per subsequens matrimonium*.

(3) Dans la petite noblesse, l'inégalité de condition des parents n'aurait pour conséquence l'exclusion des enfants issus de leur union qu'autant qu'il y aurait une clause formelle en ce sens dans l'acte de fondation. Stobbe, *op. cit.*, p. 368, note 18. Cf. sur l'incapacité des religieux et des infâmes (ehrlose), Stobbe, *op. cit.*, p. 369, notes 21 et

C. — De l'ordre de succession.

L'ordre de la dévolution successorale dépend aussi de la volonté du fondateur du fidéicommiss. En règle l'acte de fondation contient des dispositions spéciales à cet égard. A leur défaut ce sont les principes du droit commun qui doivent être appliqués (1). Il serait cependant contraire à l'acte de fondation d'aboutir à un partage effectif des biens faisant partie du fidéicommiss (2). Les divers ayants droit entreraient alors en jouissance commune des biens ; ils ne procéderaient qu'au partage des fruits (3).

Ces règles du droit commun répondent peu au but que l'on se propose d'atteindre avec l'institution des fidéicommiss ; aussi certaines législations locales prescrivent-elles directement la transmission intégrale (4) (Individualsuccession) et elle seule (5).

22. Cf. sur la perte de la noblesse, Stobbe, *loc. cit.*

Il est à remarquer que les exigences du Privatfürstenrecht relativement à l'aptitude à succéder, sont applicables *a fortiori* en matière de Stammgüter. Cf. Stobbe, *op. cit.*, p. 352, texte et note 3 ; Gerber-Cosack, § 324 *in fine*.

(1) Les cognats demeurent toutefois exclus.

(2) *Contrà*, Landrecht badois, § 577 cl.

(3) Il y aurait là une sorte de Mutschierung. Cf. Stobbe, p. 377, texte et note 23 ; Gerber, § 321, texte et note 7 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 27 ; Gierke, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, art. *Fideikommiss*.

(4) Edit. bavarois, § 87. Landrecht prussien, II, 4, § 142. Le Landrecht badois, 577 cm., n'exige d'Individualsuccession que lorsque le Stammgut est trop petit pour pouvoir être partagé et fournir à chacun des héritiers le minimum de revenu fixé par la loi. Lewis, *op. cit.*, p. 364, note 36.

(5) Elles varient d'ailleurs dans le mode de transmission intégrale indiqué. L'édit bavarois (§ 87), la loi brunswickoise (6) de 1858, la loi hanovrienne (31) n'admettent que la primogéniture. Parmi les lois prohibant l'application des règles du droit commun, le Landrecht prussien est le plus libéral. Dans son § 140 (II. 4), il défend pour l'avenir le séniorat à l'égard des Landgüter mais donne asile dans les §§ suivants aux diverses formes d' « Individualsuccession ».

Les divers modes de transmission intégrale en matière de fidéicommiss sont les suivants :

1° Le séniorat.

Le membre le plus âgé de toute la famille succède au dernier titulaire du fidéicommiss sans qu'il y ait lieu de tenir compte de son degré de parenté avec le *de cujus*.

Ce mode de succession a l'inconvénient de remettre l'administration du fidéicommiss aux personnes les moins capables en raison de leur âge. Aussi est-il tombé en désuétude (1). Les lois locales l'ont exclu, soit directement comme le Landrecht prussien, soit indirectement comme les lois hanovrienne et hessoise et l'édit bavarois en prescrivant un autre mode de transmission intégrale (2).

2° Plus fréquent est le majorat (3).

Ici c'est la proximité du degré qui décide tout d'abord, ensuite l'âge entre parents à degré égal. Le droit de représentation se trouve ainsi complètement exclu.

3° D'après les règles de la primogéniture, la dévolution a lieu par ligne avec préférence de la ligne à laquelle ap-

(1) Sauf peut-être dans quelques familles autrichiennes. Cf. Lewis, p. 368. Au point de vue économique, le séniorat a de grands inconvénients. Il détourne le titulaire du fidéicommiss de tout genre d'amélioration ; ses successibles sont en effet souvent des parents éloignés en faveur desquels il ne se sent nullement disposé à incorporer dans le fidéicommiss des capitaux perdus pour ses enfants.

(2) Cf. *suprà*, p. 238, note 2. Cf. sur les différents modes de transmission intégrale: Stobbe, p. 379, 371, 372; Miaskowski, *op. cit.*, p. 28; Gerber-Cosack, § 321, notes 9 à 13 ; Hager, *op. cit.*, p. 11, et surtout Lewis (*op. cit.*, p. 365 et seq.) qui exécute sur ce thème en combinant les divers modes de transmission, les variations les plus compliquées.

(3) Le mot est ici employé dans son sens étroit et technique ; au sens large le mot majorat désigne même la primogéniture. Stobbe, p. 371, note 33 ; Cosack-Gerber, § 321, note 10. L'expression a été également employée en ce sens par la législation du premier empire. C'est un vestige de l'influence espagnole. A ce point de vue la théorie de Pfaff et Hoffmann (*Zur Geschichte der Fideikommiss*) est exacte.

partient l'aîné et dans cette ligne, de l'aîné lui-même ou de celui qui le représente (1).

Les modes de dévolution d'après les règles du juniorat, du minorat et de l'ultimogéniture sont dans notre matière plutôt des hypothèses doctrinales que des institutions pratiques (2).

Quand, dans le cercle d'une même famille il y a indépendamment du fidéicommiss principal un fidéicommiss pour chaque ligne, on se trouve en présence d'une secundo, d'une tertiogéniture. La dévolution de ces fidéicommiss se règle d'après les dispositions de l'acte de fondation. En cas d'extinction d'une ligne le fidéicommiss passe à une ligne non pourvue, ce n'est qu'à défaut de lignes cadettes que le fidéicommiss d'une secundogéniture passe au titulaire du fidéicommiss principal. Dans cette hypothèse la réunion des divers fidéicommiss dans une seule main n'est elle-même que provisoire, la répartition de ces masses de biens entre les lignes reparait à la génération suivante lorsque le titulaire des divers fidéicommiss a laissé plusieurs fils. Cette règle s'explique par le but de ces secundo, tertiogénitures, qui est de pourvoir à la subsistance des cadets exclus du fidéicommiss principal (3). Ces

(1) Il est à remarquer que la légitimation n'agissant qu'*ex nunc*, c'est le premier né en mariage qui doit être au point de vue successoral considéré comme *primogenitus*, fût-il en fait puîné du légitimé. On ne s'attache pas ici à l'époque de la conception. Cf. Stobbe, p. 368, texte et note 17 ; Gerber-Cosack, § 327, note 4 *in fine*.

(2) Le minorat est par contre fréquent pour la dévolution des Bauerngüter et est actuellement encore très pratiqué en Allemagne. Cf. *infra*, nos développements sur l'Anerberrecht.

(3) Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 384 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 28 ; Gierke, *loc. cit.* Cf. les dispositions très explicite du Landrecht prussien, II, 4, §§ 166 à 177 et l'excellent résumé de la théorie contenue dans le paragraphe 86 de l'Edit bavaïrois. Une ligne pourrait-elle renoncer au fidéicommiss qui lui appartient pour s'en tenir à un fidéicommiss plus avantageux qui lui eût été déferé à défaut d'une possession actuelle ? La

fidéicommiss secondaires ne sont pas le seul moyen de dédommager les puînés de l'inégalité qu'ils ont à subir. Les législations locales imposent souvent au titulaire du fidéicommiss certaines charges en faveur des puînés, quand le fondateur ne l'a pas fait (1). Dans la haute noblesse ces charges prennent le nom d'apanages et sont réglées d'une façon différente de celles grevant les fidéicommiss de la petite noblesse. Le régime de ces apanages de la haute noblesse est analogue à celui des apanages que nous avons étudiés en matière de Stammgüter (2).

Lorsque d'après les termes de la fondation ou en vertu des dispositions de la loi les cognats se trouvent appelés à succéder à l'extinction de la ligne agnatique, c'est au cognat parent le plus proche du *de cuius* que revient le fidéicommiss (3). Mais les dévolutions successorales ultérieures du fidéicommiss ont lieu d'après les règles de la préférence des mâles (4).

La renonciation au fidéicommiss a un effet purement

question est à résoudre par l'affirmative. En renonçant au fidéicommiss qu'elle détient actuellement, la ligne remplit la condition nécessaire pour se voir attribuer un fidéicommiss sans titulaire. Cf. Roth, *Bayrisches Civilrecht*, II, p. 583.

(1) Cf. *suprà*, p. 206.

(2) Cf. *suprà*, p. 158.

(3) Sa fille par exemple. Stobbe, § 372, IV ; cf. p. 319 ; Gerber-Cosack, § 321, note 3, § 311, note 5. Une controverse s'est élevée sur le point de savoir si le cognat à appeler à la succession n'était pas le plus proche parent de celui au décès duquel le bien avait changé de ligne. Voici l'hypothèse. A constitue un fidéicommiss, il a un fils unique B, celui-ci à son décès laisse 2 fils, C et D. C, l'ainé, succède au fidéicommiss, à sa mort il laisse une fille E, cognate. Le fidéicommiss passera à son frère puîné D. Que décider à la mort de D qui ne laisse également qu'une fille F (Erbtochter). Le fidéicommiss reviendra-t-il à E (Regredienterbin) ou à F (Erbtochter). Il semble qu'il faille se décider en faveur de l'Erbtochter « Femina semel exclusa semper exclusa ». La question est délicate, surtout pour les anciennes Ebverzichte des filles. Cf. Gerber-Cosack, § 311, texte et note 6.

(4) *Contrà*, Lewis, p. 395 et Gerber-Cosack, § 311, note 2.

personnel et ne lie pas la descendance du renonçant ; car celle-ci ne succède pas au fidéicommis comme telle mais en vertu du droit propre qu'elle puise dans la *successio ex pacto et providentia* (1).

§ 3. — Extinction du fidéicommis.

Le droit commun connaît deux causes d'extinction du fidéicommis :

1° La destruction de l'objet ;

2° La disparition du sujet, c'est-à-dire le décès de tous les agnats (2) de la famille.

A ces deux cas les législations particulières en ont ajouté d'autres.

3° Réduction de la valeur du fidéicommis au-dessous du minimum légal. L'Edit bavaïois contient à ce sujet des dispositions détaillées (3).

Il distingue selon que cette diminution de valeur est le fait des circonstances (4) ou résulte de la faute du titulaire fidéicommis (5). Dans la première hypothèse le titu-

(1) Stobbe, p. 374, note 51 ; Lewis, *op. cit.*, p. 494. — *Contra*, loi hessoise de 1858, art. 27.

(2) En règle à défaut de disposition contraire de l'acte de fondation, le fidéicommis ne passe pas en cette qualité aux cognats, le bien leur est transmis comme allodial. C'est une question controversée que celle de savoir quelle est la qualité du bien entre les mains du dernier agnat. D'après Stobbe, 2^e édition, § 140, VII, auquel s'est rallié son annotateur M. Lehmann, § 199, texte et notes 56 et 57 (Cf. également Lewis, *op. cit.*, pp. 430 et 431) le bien, sauf disposition contraire de l'acte de fondation devient de libre disposition. Dans ce sens également certaines législations particulières. Landrecht prussien, II, 4, § 189 (« freies eigentümliches Vermögen », Code saxon, § 2540). La famille étant éteinte « il ne saurait naturellement plus être question d'un fidéicommis de famille » (Lewis, *op. cit.*, p. 430). A quoi Cosack sur Gerber (§ 76, note 24) répond fort exactement : « Pourquoi donc sacrifier l'éclat de la famille à une époque où vit encore un membre de celle-ci. »

(3) §§ 93, n. 3, 95 et 96.

(4) § 95.

(5) § 96.

laire et les Anwärter peuvent maintenir le fidéicommiss en complétant le manquant. Celui d'entre eux qui a assumé cette obligation peut obtenir à l'effet de la remplir le délai d'une année. L'obligation reste-t-elle inexécutée que le fidéicommiss est éteint et reste après acquittement des Fideikommissschulden en qualité d'alleu entre les mains du dernier titulaire qui a d'ailleurs à supporter les charges grevant l'ancien fidéicommiss au profit des puînés et des veuves dans la mesure où sa propre subsistance ne se trouve pas mise en péril. Dans la seconde hypothèse les Anwärter sont en droit d'exiger que l'administration du bien soit remise à la famille en vue de réparer les brèches faites au patrimoine fidéicommissaire. Les dettes et charges du fidéicommiss n'en doivent pas moins être acquittées.

4° Autrement intéressant est le quatrième cas d'extinction du fidéicommiss. En droit commun il était impossible de supprimer un fidéicommiss par le seul accord des intéressés ; bon nombre de législations locales ont apporté une dérogation à cette règle ; la pratique a suivi, là où la législation restait muette (1).

La moins formaliste des législations en cette matière est la législation prussienne ; elle se contente d'un Familienschluss des Anwärter présents et des représentants des *nascituri* (2). Les autres législations exigent en plus soit une confirmation judiciaire, soit l'autorisation du chef de l'Etat (3).

(1) Stobbe-Lehmann, § 199, note 55.

(2) Gierke, *Handwörterbuch*, loc. cit. ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 43.

(3) Autorisation judiciaire. Edit bavarois, § 97. Le Code saxon n'exige que le consentement des Anwärter, mais ce consentement ne produit d'effet que lorsque le bien est parvenu à la 3^e génération et que rien de contraire n'a été ordonné par le fondateur avec l'assentiment du chef de l'Etat (§§ 2538 et 2539). Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 457. Ces fidéicommis, ne pouvant s'éteindre à la 3^e génération en vertu d'une décision des Anwärter, sont les seuls qui en Saxe aient besoin lors de leur

§ 4. — Position du nouveau Code civil à l'égard
de l'institution.

Le nouveau Code civil n'a pas réglé l'institution du fidéicommis, il l'a abandonnée comme devant aux dispositions des législations locales (1). Les sollicitations en faveur d'une réglementation générale pour tout l'Empire, n'avaient cependant pas manqué. Dès 1888, M. Gierke (2) protestait contre l'exclusion projetée des fidéicommis du Bürgerliches Gesetzbuch en préparation.

Que l'on ait agi ainsi en matière de Stammgüter et de fiefs, faisait remarquer M. Gierke, rien de mieux (3), mais étendre la solution aux fidéicommis dont l'importance naturelle se trouve encore accrue par la succession juridique qu'ils recueillent des Stammgüter et des fiefs, c'est ce que l'on ne saurait admettre. D'ailleurs, ajoutait-il, les variétés de la législation ne sont pas telles en la matière qu'elles rendent toute pensée d'unification impossible.

A l'appui de l'exclusion, les législateurs de la première commission faisaient valoir (4) que l'institution devait s'adapter aux nécessités locales qui expliquaient l'infinie variété de la réglementation dans ses détails.

constitution d'être approuvés par le souverain. Cf. *suprà*, p. 196, texte et note 4. Il est à remarquer que, d'après les dispositions de certaines lois locales la qualité de fidéicommis peut s'éteindre par prescription. Stobbe-Lehmann, § 199 *in fine*.

(1) Art. 59 de l'Einführungsgesetz.

(2) *Jahrbücher für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche*, Herausgegeben von Gustav Schmoller (en abrégé *Schmoller's Jahrbücher*), XII, p. 429 et seq. « Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht im ländlichen Grundbesitz. »

(3) *Op. cit.*, p. 435.

(4) *Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G. B. für das deutsche Reich, erste Lesung*. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrate berufene Kommission nebst *Motiven*. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888, p. 157 et seq.

Les divergences de vues scientifiques n'avaient joué qu'un rôle secondaire à cet égard. D'ailleurs, la législation fédérale sur la matière ne pourrait pas réaliser l'unité désirée, on ne saurait en effet rétablir les fidéicommiss là où ils ont été supprimés ; une loi générale devrait faire des réserves en faveur des législations de ces régions. De ces réserves il serait certainement fait usage et par là même l'unité se trouverait détruite.

Ce dernier argument n'était pas très convaincant. Les cas ne manquent pas dans le nouveau droit allemand où la législation fédérale permet des dérogations aux législations locales sans que le législateur en ait pris prétexte pour ne pas édicter de loi. Le premier argument par contre valait mieux.

La compétence attribuée aux législations locales n'est pas limitée (1). Elles peuvent édicter des dispositions s'écartant de celles du Code civil, par exemple exclusion de la succession au fidéicommiss certains enfants. La considération que le législateur doit accorder à la bonne circulation des biens dans l'intérêt général trouve sa garantie dans l'article 64 de l'Einführungsgesetz (2).

Que tôt ou tard les législations particulières soient appelées à faire usage de la faculté qui leur est concédée, c'est ce que ne se dissimulent pas les esprits clairvoyants. « Car il sera difficile, alors que l'ensemble de notre droit privé se renouvelle, d'en rester dans notre matière simplement à ce qui existe (3). » Quelles réformes convient-il

(1) Cf. Motive, *loc. cit.* Adde : *Protokolle zweiter Lesung*. Il a été donné des Protokolle de la 2^e commission des extraits dans les « *Materialien zu dem dritten Abschnitte des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum B. G. B.* », Berlin, Guttentag, 1896. Pour la question qui nous occupe, cf. p. 15.

(2) Protection des tiers de bonne foi.

(3) Gierke, *Handwörterbuch*, *loc. cit.*

d'opérer en la matière, dans quel sens doivent-elles être accomplies? Faut-il parler simplement de réforme, ne faut-il pas prononcer le grand mot de suppression? Autant de questions qui pour être résolues réclament au préalable un examen du rôle politique économique et social du fidéicommiss en Allemagne.

§ 5. — Des attaques dont les fidéicommiss sont l'objet et des arguments que l'on peut faire valoir en leur faveur.

La question de l'utilité du fidéicommiss n'est pas née d'hier. Elle a été de tous temps âprement discutée et le discours du député Hirsch (1) à la séance de la Chambre des députés prussienne du 5 mai 1899 ne sera pas vraisemblablement la dernière attaque contre l'institution.

Que la fondation d'un fidéicommiss réponde au besoin intime des individualités fortes sachant et pouvant vouloir, qu'il y ait quelque noblesse à assurer à une race les résultats féconds d'une vie particulièrement active, de façon à lui procurer avec les moyens d'existence physique les éléments d'une forte cohésion morale, durable, c'est ce que l'on ne saurait nier. « Quelqu'un a acquis une fortune ; il l'a amassée à grand'peine ; toutes les parties de cette fortune portent les traces du travail le plus noble et d'une activité méritoire ; le titulaire de cette fortune la considère comme l'expression tangible de sa personnalité et de même qu'il attribue à celle-ci une grande valeur, de même il veut maintenir à celle-là son importance ; il veut qu'elle ne soit pas dispersée dès les plus proches générations, que les différentes parcelles de cette fortune ne tombent pas entre les mains de personnes sans connaissance de l'origine de ces parcelles ; il veut en revanche que tous ceux

(1) *Haus der Abgeordneten*, 67 Sitzung. am 15 mai 1899, p. 2139.

auxquels cette fortune échoit sachent qu'avec ces biens ils recueillent la somme des efforts dépensés pendant sa vie par l'aïeul qui a fait la fondation à leur intention ; lui-même veut en quelque sorte après l'accomplissement de son œuvre, dépassant la mesure de sa vie humaine, entrer en rapports avec tous les membres futurs de sa famille, appeler à lui succéder ceux qui ne sont pas nés, de sorte que sa voix après des siècles soit encore entendue dans toute sa pureté initiale (1). » On a pu comparer le fidéicommis à la fondation, « il porte en lui une pensée de fondation (2) ».

L'institution ne se justifie pas seulement, dit-on, au point de vue du fondateur, comme une forte expression de sa personnalité, elle a aussi ses raisons d'être objectives. Les monuments historiques ont leur importance pour maintenir vivante la tradition nationale, donner conscience de la cohésion existante entre les générations et Gerber dans un accès de lyrisme s'écrie (3) : « La patrie avec tous ses monuments commémoratifs de la vie nationale forme elle-même en quelque sorte un grand fidéicommis et se perpétue en cette qualité en faveur de l'ensemble de la grande famille que constitue la nation. » Il n'y a pas de meilleure institution que la nôtre, poursuit Gerber, pour maintenir la tradition dans une famille. Le titulaire actuel du fidéicommis a conscience de n'être qu'un anneau d'une chaîne. Il n'a pas que des droits, il a aussi des devoirs « sein Besitz ist zugleich Beruf » (4). L'institution du fidéicommis organise la communauté des générations dans une famille.

(1) Gerber, *Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss* dans les *Juristische Abhandlungen* du même, p. 101. Reproduction d'un article inséré dans les *Ihering's Jahrbücher* de 1857.

(2) Gerber, *loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*, p. 192.

(4) *Loc. cit.*, p. 193.

Avec un but analogue à celui de la fondation le fidéicommis a une structure différente et l'intérêt économique n'y perd pas. On ne se trouve pas en présence d'une personne morale. « Le bien de la famille n'est pas une masse sans vie, qui une fois créée, reste la même, c'est un arbre vivace qui sous les soins vigilants des successibles croît et prospère avec la famille (1). »

A tout ceci nous répondons en demandant si théoriquement la personnalité d'un homme a le droit de s'affirmer ainsi à travers les siècles, si le respect un peu fétichiste de la volonté d'un seul ne tourne pas au mépris de la volonté des autres, si l'exercice des droits de tous les membres présents et futurs d'une famille peut se concentrer ainsi entre les mains d'un membre unique sous la forme d'une liberté, que l'on a appelée avec modération, liberté de tester à la deuxième puissance (2). N'y a pas ici une monstrueuse hypertrophie de droits en face d'une atrophie non moins choquante (3).

Quand bien même on ne devrait voir dans la fondation d'un fidéicommis que l'exercice normal de la liberté individuelle, rien ne serait encore prouvé en faveur du fidéicommis. Si le point de vue économique ne doit pas être le seul auquel on doive se placer pour juger de la valeur d'une institution juridique, le but du droit étant plutôt orienté dans le sens du développement de la liberté indi-

(1) *Loc. cit.*, p. 404.

(2) De la Grasserie, *De la liberté testamentaire chez les peuples étrangers. Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession faites sous les auspices de la Société d'Economie sociale*, III^e série, 1^{er} fascicule, p. 78.

(3) Il y a un réel inconvénient moral à évider ainsi le droit de propriété des générations futures. On crée ainsi une sorte de mainmorte mais une mainmorte à vues assez égoïstes, une mainmorte familiale (cf. *Buchenberger Agrarwesen und Agrarpolitik*, tome I, pp. 459 et 460).

viduelle, le but de l'économie politique plutôt dans le sens de l'intérêt de l'ensemble, il n'en faut pas moins de l'aveu de Gerber lui-même (1) considérer le point de vue économique comme un facteur important du jugement à porter sur une institution. « L'intérêt individuel ne peut avoir de prétentions que dans la mesure où il ne blesse pas l'intérêt économique majeur (2) » et, nous ajouterons la justice ou la morale.

Est-ce le cas pour le fidéicommis ?

1^o Un des arguments qui s'impose immédiatement à l'esprit français est celui tiré de l'iniquité de l'institution. C'était déjà le sentiment qu'avait Adam Smith en visant les entailles anglaises lorsqu'il disait « qu'il n'y avait rien de plus sot qu'une institution qui pour enrichir un seul enfant faisait des autres des mendiants ». M. Miaskowski (3), qui a stigmatisé le point de vue individualiste auquel se plaçait Gerber en matière de fidéicommis n'admet pas l'argument. Partisan fervent de l'Anerbenrecht, il ne pouvait pas trouver mauvais ici ce qu'il préconise ailleurs. Il faut convenir d'ailleurs que examinée dans ses détails l'objection résultant de l'injustice de l'institution est moins décisive qu'elle ne le paraît au premier abord. Voici les arguments que l'on présente en effet en réponse. Ils n'ont pas tous une égale valeur.

a) La succession fidéicommissaire, a-t-on dit, constitue un mode de succession conforme aux besoins de la propriété foncière (4). Elle réalise ce que l'on cherche à obtenir par l'Anerbenrecht moderne, la transmission inté-

(1) Reproduit par Cosack dans la 17^e édition du *Privatrecht* de Gerber, § 6, note 9.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 65.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 61.

(4) Les fidéicommis portent surtout sur la propriété immobilière rurale, les Geldfideikommisses sont rares.

grale des exploitations agricoles sans soultes excessives et elle le réalise à un plus haut degré que lui (1). Ce n'est d'ailleurs qu'un retour aux idées germaniques, notamment au vieux droit successoral germanique (2) et à la conception allemande de la propriété foncière. La propriété était considérée comme une fonction (3).

Ce sont des arguments que l'on fait en général valoir en matière d'Anerbenrecht et nous les discuterons ultérieurement en parlant de cette institution. Il se peut que, dans telles circonstances données (climat, altitude, population), la transmission intégrale soit préférable au morcellement des héritages, c'est une question que nous aurons à examiner plus tard ; mais ce qui dès maintenant ne saurait être admis c'est que l'inégalité successorale entre mâles doive être considérée comme une vieille tradition germanique, l'histoire du droit public allemand est là précisément pour nous apprendre le contraire.

Dès que surgit la notion de patrimonialité des bénéfices, disparaît leur transmission intégrale ; les Landesherren ne faisaient que suivre les règles du droit commun et il en fut ainsi jusqu'à ce que le souci de l'intérêt public fit passer outre aux prétentions des puînés qui trouvaient parfois encore dans les sentiments égalitaires animant la famille, les moyens de tenter un retour offensif qui n'était pas toujours malheureux. Ce sont des faits qui ressortent avec la dernière évidence du beau livre de Schulze sur la pri-

(1) Cf. Hager, *op. cit.*, p. 52.

(2) Hager, *op. cit.*, p. 31.

(3) L'idée de la propriété, fonction qui a eu tant de succès chez les partisans de l'Anerbenrecht a été particulièrement développée par Rodbertus. On la trouve déjà chez Gerber, *Juristische Abhandlungen*, I, p. 107. Cette idée a particulièrement excité la verve de M. Lujo Brentano. Cf. *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, Berlin, 1895, p. 27 et seq. (*Die Natur des Grundeigenthumes*).

mogéniture. Nous les avons discutés ailleurs en détail et nous aurons à revenir ultérieurement sur quelques-uns de leurs aspects.

b) Pour justifier l'inégalité résultant de la dévolution successorale des fidéicommiss, on fait valoir de meilleurs arguments (1).

Le fondateur du fidéicommiss a vis-à-vis de ses enfants, les obligations d'un testateur ordinaire, mais il n'a que ces obligations-là, il leur doit leur légitime, rien de plus (2). Si le testateur ne les remplit pas, le légitimaire peut y contraindre sa succession, l'injustice se trouve ainsi réparée ; le légitimaire se tait-il au contraire qu'il y a lieu de voir dans son silence une ratification de ce qu'a décidé le *de cuius*. Dans un cas comme dans l'autre, il peut y avoir des intérêts lésés, les droits ne le sont pas.

Quant aux descendants de l'un des titulaires quelconques du fidéicommiss, autres que le fondateur, ils ne sauraient se plaindre de l'attribution du fidéicommiss faite à l'un d'entre eux. Ce bien n'est pas pris dans la masse sur laquelle ils peuvent élever des prétentions, il est en dehors ; sans l'acte de fondation, il ne serait vraisemblablement pas venu entre les mains de leur auteur. Avec le régime successoral ordinaire, il se serait décomposé en une multitude de parcelles, il eût été réduit en poussière où l'un des propriétaires intermédiaires l'aurait fait disparaître de son patrimoine. « Je ne crois pas, disait Stahl, dans son discours prononcé à la Chambre des députés prussienne dans la séance du 22 septembre 1849 contre l'abolition des fidéicommiss, que les arrière-petits-fils d'un fondateur de fidéicommiss se trouvent dans une situation beaucoup plus mauvaise en qualité de puînés que celle qu'ils auraient eue,

(1) Hager, *op. cit.*, p. 34.

(2) Cf. *suprà*, p. 206, note 3.

si autrefois le bien avait été abandonné à la liberté des partages ou des aliénations (1). »

Le raisonnement est juridiquement exact. Si lors de la fondation, le fondateur a respecté les légitimes de ses enfants exclus, le fidéicommis a pris naissance dans des conditions que la loi ne peut pas réprouver. Ce qui est juste en droit dès le début à l'égard de ceux qui ont avec les biens soustraits à leur action le contact le plus immédiat, les enfants du disposant, ne peut que demeurer tel à l'égard de ceux qui, en l'absence de fondation n'auraient rien eu à prétendre, le bien ayant disparu dans le cours de générations sans parler d'une exclusion testamentaire totale toujours possible à l'égard de non légitimaires.

2^o Le fidéicommis n'a-t-il pas d'autre part de fâcheux effets dans les rapports de famille ? L'autorité paternelle des divers titulaires du fidéicommis ne se trouve-t-elle pas affaiblie plus qu'elle ne le serait par une réserve ou une légitime (2), là surtout où ces divers titulaires ne disposent pas d'une fortune allodiale suffisante ? N'ont-ils pas à souffrir dans leur autorité de l'abus que le fondateur a fait autrefois de la sienne ? Un des défenseurs récents des fidéicommis, M. Paul Hager (3), reconnaît qu'il y a dans l'objection une bonne part de vérité et il se demande si on ne pourrait pas l'écarter en accordant au titulaire le droit de se choisir son héritier entre parents mâles du même degré par exemple entre ses fils. Il écarte d'ailleurs aussitôt ce remède, qui pourrait troubler la paix familiale, pour en proposer un autre consistant dans la possibilité d'exclure le futur titulaire par un Familienschluss obtenu dans certaines conditions de majorité et revêtu de l'approbation de l'autorité chargée de la surveillance des fidéicommis

(1) Stahl, *Siebzehn parlamentarische Reden*, Berlin, 1862, p. 49.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 61.

(3) *Op. cit.*, p. 35.

(Fideikommissbehörde). Le remède me paraît encore pire que le mal, il ne ferait qu'élargir le champ des hostilités, au lieu de se restreindre dans le cercle étroit de la famille, la mésintelligence gagnerait les cercles profonds de la race représentés par les divers Anwarter. La décision de la famille soulèverait des rancunes et des rancœurs; l'exclu serait à l'égard des siens dans l'état d'esprit d'un premier ministre renversé à l'égard de la majorité.

La vérité est que l'institution suppose pour son heureux fonctionnement un vigoureux esprit de famille; chez tous, et chez chacun une pensée faite de discipline et d'abnégation. De l'abnégation, il en faut surtout entre frères et sœurs, pour ne point sentir l'inégalité de fait résultant du jeu précis et inexorable des règles juridiques.

M. Miaskowski (1), qui n'est pas un partisan de l'institution faisait remarquer à cet égard que Sismonde (2) de Sismondi, en présentant le fidéicommiss comme une source de mésintelligences familiales, avait exagéré. Là où l'esprit de famille a su se maintenir, les frères et sœurs exclus du fidéicommiss peuvent voir sans jalousie les plus grandes inégalités (3).

(1) *Op. cit.*, p. 61, texte et note 113.

(2) Nouveaux principes d'économie politique, Paris, 1827, chap. 72.

(3) « So wird uns aus Westphalen berichtet, écrivait Miaskowski en 1884, dass in einigen Familien der Fideikommisserbe über Hunderttausende von Mark gebietet, während sein Bruder jährlich nur einige hundert empfängt. Auch sind die solchen apanagierten Personen früher offen stehenden Domherrnpräbenden weggefallen. Die Töchter beziehen meist sehr bescheidene Revenüen neben einer allerdings reichlichen Aussteuer... Vielfach gehen sie schon früh in ein Kloster, und doch hört man nur selten diese nachgeborenen Kinder über ihr Schicksal klagen. » Cf. des constatations analogues chez M. Hager, *op. cit.*, p. 36. La mésintelligence entre frères et sœurs n'est, d'après cet auteur, qu'une découverte de la théorie (*Entdeckung der Theorie*). D'après M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 85, note 160, il y avait dans la région rhénane un fidéicommiss dont les revenus fixes montaient à 720.000 marks (900.000 francs), sur lesquels il y avait à acquitter en apanages, 6.000 marks (7.500 francs) !

Au point de vue proprement économique et social on fait valoir entre le fidéicommiss des arguments d'ordres divers.

3° Le fidéicommiss oppose un obstacle artificiel à l'alliance féconde du capital mobilier et du sol. Ce n'est que par l'emploi d'un abondant capital que la grande culture, et le fidéicommiss appartient à la grande culture (1), remplit sa fonction sociale (2). En manque-t-elle, qu'elle perd avec les multiples aspects de son rôle notamment d'initiatrice, qu'elle ne peut plus jouer, toute raison d'être.

Plusieurs cas peuvent se présenter.

A. — Le titulaire du fidéicommiss n'ayant pas la libre disposition du bien ne peut offrir de crédit, il n'a pas d'ailleurs par lui-même de capitaux personnels; sa fortune allodiale est sans importance. Divers remèdes s'offrent à lui (3).

a) Il peut tout d'abord louer à bail ses propriétés. C'est à ces locations que l'Angleterre doit en dépit de ses « en-

(1) C'est un point sur lequel nous reviendrons.

(2) Cf. Leroy-Beaulieu, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 2^e éd., Paris, 1896, II, p. 5 et seq., p. II. « La grande propriété moderne est celle qui appartient à de riches agriculteurs de profession ... ou bien encore, c'est celle qui est acquise par d'habiles industriels auxquels leurs manufactures ou leur commerce ont procuré de larges fortunes ou assurent de gros revenus ». Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 49; Buchenberger, *Agrarwesen und Agrarpolitik*, II^e partie du *Lehr und Handbuch der politischen Oekonomie* d'Adolphe Wagner, Leipzig, 1872, tome I, pp. 462 et 463.

(3) Nous ne parlons que des remèdes juridiques, mais il y en a d'autres. Le titulaire pourrait réduire l'exploitation au strict nécessaire dans la mesure où il ne donnerait pas prise aux plaintes des Anwärter, faire notamment de la culture extensive. Comparer les déclarations du prince Schwarzenberg, au congrès agraire autrichien de 1879. Buchenberger, *op. cit.*, p. 463, note 1. Ces déclarations, comme le remarque d'ailleurs M. Buchenberger, s'appliquent plutôt à la très grande propriété fidéicommissaire, aux latifundia grevés de fidéicommiss, partant à une sorte de cas pathologique de l'institution, qu'à la propriété fidéicommissaire en général.

tails » (1) le haut développement de son agriculture. Mais de pareils résultats supposent une classe de fermiers aisés, une législation imposant, du moins dans certaines limites aux divers titulaires des fidéicommiss le respect des baux conclus par leurs prédécesseurs. Toutes les législations ne contiennent pas des dispositions à cet égard (2), et celles qui en contiennent fixent des délais encore trop courts. Le délai de 18 années recommandé par de sérieuses raisons agricoles, qui est celui adopté par l'Etat prussien pour l'affermage de ses domaines, semblerait tout indiqué (3).

Le remède prête lui-même le flanc à de graves critiques. Un fidéicommiss affermé présente-t-il encore les avantages d'un bien affecté à une race? Y a-t-il là cette familiarité de la race et du sol qui ressort de la nature même de l'acte, était-il dans les intentions du fondateur de créer des « absentéistes » (4).

b) Le titulaire du fidéicommiss peut encore contracter sur le bien une Fideikommissschuld. Nous avons vu (5) les nombreuses et intéressantes extensions que le droit commun avait reçues en cette matière. Le droit prussien surtout offre à ce point de vue des dispositions excellen-

(1) Sur les entails anglais, dont nous aurons occasion de dire un mot, Cf. entre autres dans la littérature allemande le très intéressant article de Helferich « *Studien über württembergische Agrarverhältnisse* » dans la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, tome X, année 1854, p. 123. Helferich voyait dans l'entail anglais un remède à la situation peu brillante de l'agriculture württembergeoise au milieu de notre siècle. Cf. également Buchenberger, *op. cit.*, p. 466; von Ompteda, « *Landgesetze und Landwirthschaft in England* », *Preussische Jahrbücher*, tome 46, pp. 401-449; Pfaff und Hoffmann, *Zur Geschichte der Fideikomnisse*, Wien, 1884, p. 36 et seq.

(2) Cf. *suprà*, p. 205.

(3) Hager, *op. cit.*, p. 45.

(4) D'après M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 52, ce serait le cas de bon nombre de Rittergüter Westphaliens.

(5) Cf. *suprà*, p. 226 et seq.

tes (1). Il se contente du consentement soit de la famille, soit de quelques Anwärter. Il serait à souhaiter qu'elles reçussent accueil ailleurs (2).

c) Le titulaire du fidéicommiss peut encore se procurer les fonds nécessaires en aliénant une parcelle du fidéicommiss (3).

Mais ces deux remèdes ont leurs inconvénients, ils sont compliqués sans parler des atteintes qu'ils font subir à la substance du bien. Aussi les auteurs (4) voient-ils un véritable antidote du mal dans l'adjonction d'un « Geldfideikommiss » au fidéicommiss foncier. Les revenus de ce Geldfideikommiss seraient attribués au titulaire actuel qui aurait l'obligation juridique ou morale de les employer à l'amélioration du fonds.

Il ne semble pas que le remède soit très pratique, du moins lorsque le titulaire fidéicommiss est fondé par un chef de famille, père de plusieurs enfants. Il suppose en effet de grandes ressources pécuniaires de la part du fondateur ; car celui-ci aura indépendamment de ce « Geldfideikommiss », à pourvoir à l'acquittement des légitimes de ses autres héritiers. Ce qui serait possible ce serait la constitution progressive d'un Geldfideikommiss ; chacun des titulaires du fidéicommiss employant les fonds qui lui restent après satisfaction de ses obligations de famille à augmenter le « Geldfideikommiss » tel que l'avait laissé son prédécesseur.

Mais ceci n'est possible qu'avec des fonds disponibles et la volonté de les affecter au fidéicommiss ; or cette volonté le titulaire du fidéicommiss ne l'a pas toujours, dit-on, et surtout il est en droit de ne pas l'avoir.

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 52.

(2) Hager, *op. cit.*, p. 45.

(3) Hager, *op. cit.*, p. 45, p. 10. Cf. *suprà*, p. 211 et seq.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 51 ; Hager, *op. cit.*, p. 45 et 46.

B. — Le titulaire du fidéicommis se sent en effet des obligations de classe (1), il se trouve ainsi amené à faire des dépenses improductives sans profit pour le bien (2).

On comprend d'ailleurs qu'un titulaire de fidéicommis ayant de nombreux enfants se sente peu disposé à consacrer au bien des sommes qui ne serviraient qu'à un seul d'entre eux (3). Parfois même ces dépenses ne profiteraient pas à l'un de ses hoirs ; le titulaire actuel du fidéicommis n'a que des filles ; à sa mort le bien sera attribué au plus proche Anwarter mâle. Il n'entreprendra certainement pas des améliorations dont sa descendance n'aura pas l'avantage. Il est même à craindre dans ce cas qu'il ne se livre à une exploitation dangereuse pour le bien, épuisant le sol, dévastant les forêts (4).

Il nous faut renouveler ici l'observation que nous avons déjà faite (5), l'institution suppose pour son complet fonctionnement un esprit de famille particulièrement développé. Il faut que le titulaire du fidéicommis voie dans le bien un bien de famille alors même que ses descendants ne seraient pas appelés à y succéder. Les cas où cet esprit de famille fait défaut ne sont pas fréquents, du « moins jusqu'ici en Allemagne des plaintes

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 59.

(2) C'est un reproche que d'une façon générale l'on a adressé assez fréquemment, surtout dans ces dernières années, aux grands propriétaires en réponse à leurs lamentations sur la crise agricole. Ils ont naturellement protesté, notamment à la conférence agraire qui s'est réunie à Berlin du 28 mai au 2 juin 1894 sur l'initiative du ministre de l'agriculture. Cf. entre autres le discours du Generallandschafts-direktor Bon, p. 80 des débats de la Conférence. Ces débats sur lesquels nous aurons occasion de revenir ont été publiés sous le titre suivant : *Die Agrarkonferenz vom 28 mai bis 2 juni 1894* », Berlin, Paul Parey, 1894.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 52 ; Hager, *op. cit.*, p. 44.

(4) Walcker, *Handbuch der National Oekonomie* Leipzig, 71, Bd. II, p. 20).

(5) P. 252.

en ce sens ne se sont fait que rarement entendre » (1).

4° L'institution du fidéicommis, dit-on encore, empêche la transmission des biens entre les mains les plus habiles; elle les maintient entre les mains d'incapables et dans les conjonctures actuelles, c'est là une conséquence profondément regrettable.

Il est indéniable en effet que les aptitudes intellectuelles ne se transmettent pas aussi fréquemment de père en fils que la vigueur physique, tel fils d'un agronome habile et avisé, fondateur d'un fidéicommis peut constituer un déplorable agriculteur là surtout où la perspective d'une vie facile et assurée n'est pas de nature à développer chez le titulaire futur du fidéicommis les qualités de travail et d'initiative qu'un avenir moins certain eussent pu développer en lui. C'est à ces constatations que la conscience populaire se livre et qu'elle traduit dans le sens spécial qu'elle donne au mot « Majoratsherr ».

Ce n'est pas écarter notre objection que de dire que ces fidéicommis peuvent être administrés par des régisseurs habiles (2); ce régime n'est possible que pour les possesseurs de très grands biens, les possesseurs d'« Herrschaf-ten » (3). M. Miaskowski (4) croyait trouver un remède dans la faculté concédée à un conseil de famille d'exclure le titulaire incapable (5). Nous ne croyons pas pour notre part à l'efficacité du moyen (6).

(1) Hager, *op. cit.*, p. 44; sans parler dans les cas les plus graves du droit d'intervention des Anwärter.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 53.

(3) Exemple d'« Herrschaft », celle de Corvey au duc de Ratibor. Sur l'organisation administrative de ces grands biens pour l'Autriche, G. Krafft, *Betriebslehre*, pp. 167 et seq.

(4) *Op. cit.*, p. 54.

(5) M. Miaskowski ne fait pas grand fonds de la liberté concédée à chaque titulaire de se choisir son successeur dans un cercle déterminé de personnes.

(6) Cf. *suprà*, p. 254.

Il est à remarquer d'ailleurs que des fils incapables peuvent hériter également de biens libres (1); cela est surtout exact pour les pays à forte réserve laissant peu de part au choix éclairé du chef de famille. Il est vrai que cette propriété libre n'est pas soustraite à la circulation et que le propriétaire incapable expiera par une transmission forcée en des mains plus habiles ses erreurs de direction, sans parler du jeu des transmissions successorales, le fils d'un père inhabile n'étant pas nécessairement inhabile. Mais l'argument vaut également pour partie en matière de fidéicommis (2).

D'ailleurs, s'il faut en croire v. Ompteda (3), sous l'action du service obligatoire « qui dans toutes les parties de notre pays a répandu l'idée, qu'il n'est plus convenable ou même de bon ton de ne rien apprendre et de ne rien faire » le type du « Majoratsherr » tend sensiblement à disparaître (4). Ici enfin il nous faut renouveler l'observation déjà fréquemment faite, que la tradition familiale et l'esprit de famille peuvent atténuer les mauvais effets résultant de l'incapacité du titulaire (5).

(1) Hager, *op. cit.*, p. 40; Miaskowski, *op. cit.*, p. 54.

(2) Hager, *loc. cit.*, Miaskowski, *loc. cit.*

(3) Ompteda, *Preussische Iabrbücher*, tome 46, pp. 456, 457.

(4) M. Hager, *op. cit.*, p. 41, fait en plus remarquer que l'argument que l'on fait valoir ici à l'encontre du fidéicommis peut s'appliquer également à l'ordre de dévolution à la couronne dans tous les Etats civilisés, « car il est déjà arrivé que des gens incapables se trouvent sur le trône, et cela arrivera encore ». Mais il faut convenir que dans tous les Etats à régime constitutionnel, la présence d'une représentation nationale écarte les conséquences les plus fâcheuses de l'incapacité du monarque. Celui-ci n'a pas seul le droit d'agir, tandis qu'en matière de fidéicommis l'initiative appartient au titulaire du fidéicommis. La nécessité du concours des *Anwärter* excellente pour éviter les fautes de commission les plus graves ne peut rien contre les fautes d'omission.

(5) M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 54, ne se fait aucune illusion sur le caractère anodin du remède.

5° Les deux défauts sus-examinés du fidéicommis, absence de capitaux chez les titulaires du fidéicommis, inaptitudes techniques des exploitants peuvent, lorsque le nombre des fidéicommis est grand, atteindre aisément les proportions d'une calamité économique ; le sol national risque en effet de n'être pas cultivé avec le soin qu'exige les besoins du pays.

En supposant généralisés les deux vices examinés des fidéicommis, y a-t-il actuellement en Allemagne dans l'étendue de la propriété fidéicommissaire le facteur capital d'un danger économique ? En règle est encore vraie actuellement pour le nouvel Empire l'observation de Stein sur l'ancien (1). « Dans l'Empire, écrivait-il, le rapport des biens de la noblesse grevés de fidéicommis eu égard aux biens entre les mains d'autres propriétaires est faible et ne soustrait que peu à la liberté des transactions (2). » D'après les renseignements fournis par les Oberlandesgerichte sur la demande du ministère de l'agriculture il y avait en Prusse en 1895 (3) sur les 34.854.542,3 hectares que comprend la monarchie, 2.121.635,8 hectares soumis aux fidéicommis, soit 6,09 de l'ensemble de la superficie.

(1) Les éléments de deux empires au point de vue territorial ne sont pas les mêmes ; le saint empire romain germanique avait plus d'étendue au Sud, il comprenait l'Autriche et moins au Nord, la Prusse ne figurant dans l'empire que pour le Brandebourg.

(2) Baron de Stein, *Staatswirtschaftliche Betrachtungen*, chez Pertz, *Leben des Freiherrn von Stein*, tome II, p. 457. Cf. Buchenberger, *Grundzüge der deutschen Agrarpolitik*, 2^e édition, Berlin 1899, p. 80.

(3) *Zeitschrift des königlichen preussischen Statist. Büreaus*, XXXVII, Jahrgang, Berlin, 1897. La Prusse est l'Etat de l'Allemagne où le fidéicommis a le plus d'importance. Buchenberger, *Grundzüge*, p. 80. La statistique ne comprend pas seulement les fidéicommis mais toute la propriété vinculée soit dans l'intérêt de la famille (Stammgüter de la haute noblesse) soit du suzerain (Thronlehen). D'ailleurs la distinction des Stammgüter et des fidéicommis est une distinction juridique. Le mot fidéicommis a au point de vue économique un sens très large.

Ces 2.121.635.8 hectares se trouvaient très inégalement répartis sur le territoire de la monarchie (1). Les provinces de l'Est, contrairement à l'opinion passablement répandue, ne présentaient pas la plus forte proportion de propriété fidéicommissaire (2).

Elles présentaient un pourcentage inférieur de près de moitié à la moyenne générale (3) de 6,09. Dépassement la moyenne les provinces de Brandebourg (4), de Poméranie (5), de Silésie (6), de Schleswig-Holstein (7), de Westphalie (8), enfin l'ancienne principauté de Hohenzollern (9). Sont au contraire au-dessous de la moyenne, indépendam-

(1) Buchenberger, *loc. cit.*

(2) C'est ce qui ressortait déjà des études de M. Conrad sur la question. Cf. *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Art. *Fideikommiss* (le côté juridique de la question a été traité par M. Gierke, le côté économique par M. Conrad ; ces deux auteurs ont d'ailleurs abouti à la plus complète divergence d'idées) et *Festgabe für Hanssen*, 1889. Cf. également pour la province de Westpreussen (Prusse occidentale) les constatations contenues dans le fascicule XI de l'enquête sur la transmission successorale des biens ruraux en Allemagne (*Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes im Königreich Preussen*, sous la direction de M. le professeur Max Sering), p.7. « Der fideikommissarisch gebundene Besitz ist demnach in Westpreussen von relativ geringer Bedeutung ». Cette partie de l'enquête a été rédigée par le docteur Félix Busch.

	Surface totale en hect.	Fidéicommiss	Hect. 0/0
(3) Ostpreussen. . . .	3.698.803,6	125.679,9	3,40
(Prusse orientale)			
Westpreussen. . . .	2.551.773,1	86.175,9	3,38
(Prusse occidentale)			

Cf. pour Westpreussen Busch, *loc. cit.*

(4) Brandebourg . . .	3.983.748,7	300.768,2	7,55
(5) Poméranie	3.011.296	199.167,9	6,64
(6) Silésie	4.031.063	550.538	13,66
(7) Schleswig-Holstein	1.899.746,6	138.229,6	7,28
(8) Westphalie. . . .	2.020.735,9	152.262,7	7,54
Enquête Sering fascicule V, pp. 14 et 173, dû à M. le comte de Spee.			
(9) Hohenzollern . . .	114.228,3	18.639,5	16,32

Cf. Enquête Sering. Fascicule relatif à la principauté de Hohenzollern, *Die hohenzollernschen Lande*, p. 9. Le fascicule a été rédigé par M. le docteur Richard Hirsch.

ment des provinces de Prusse orientale et de Prusse occidentale déjà citées les provinces de Posen (1), de Saxe (2). Dans la province rhénane (3) et en Hanovre la superficie occupée par les fidéicommiss est insignifiante eu égard à la superficie des deux provinces.

A l'intérieur de chaque province l'étendue occupée par le fidéicommiss est très inégale entre les divers « Regierungsbezirke (4). » En Silésie la superficie occupée par les fidéicommiss est de 13,66 0/0 de celle de la province ; dans le Regierungsbezirk de Breslau elle n'est que de 12,68 0/0 alors que dans le Regierungsbezirk d'Oppeln elle atteint 18,93 0/0. En Poméranie les fidéicommiss ne couvrent que 6,64 0/0 de la superficie, dans le Regierungsbezirk de Stralsund (nouvelle Poméranie citérieure) ils couvrent par contre 18,86 0/0 de la superficie. Dans la Prusse occidentale la propriété fidéicommissaire occupe 3,38 0/0 de la superficie ; dans le Regierungsbezirk de Danzig sa proportion n'atteint pas 2 0/0 de la superficie de la régence.

	Superficie totale en hect.	Fidéicommiss	0/0
(1) Posen	2.896.425	173.805,9	6,00
Cf. Enquête Sering, fascicule XIII, pp. 16 et 17 de M. le docteur Grossmann.			
(2) Saxe.	2.524.348	150.279,1	5,95
(3) Hesse-Nassau . .	1.569.378,8	71.719,5	4,57
Cf. Enquête Sering, 2 ^e fascicule, p. 19 (<i>Oberlandesgericht</i> de Francfort) dû au docteur Hirsch, 4 ^e fascicule, p. 11 dû au <i>Regierungsrat</i> Holzapfel.			
Province rhénane.	2.199.639,9	71.616,4	2,65
Hanovre.	3.847.515,8	81.962,2	2,13
Cf. pour la province rhénane. Enquête Sering, 1 ^{re} fascicule, p. 6 (<i>Oberlandesgericht</i> Köln), rédigé par le docteur Wygodzinski. Pour le Hanovre cf. Enquête Sering, VI ^e fascicule, p. 173, dû au docteur Grossmann.			

(4) Régences. Au-dessous de la « regene » se trouve le « Kreis » (cercle) à la tête duquel est le Landrat, sous-préfet, ayant une situation plus importante que le nôtre.

Entre les divers Kreise d'un même Regierungsbezirk, les proportions sont encore plus variables. Dans la Prusse occidentale, tandis que 22 0/0 de la superficie du Kreis de Rosenberg sont occupés par les fidéicommiss, 5,93 0/0 seulement de la superficie du Kreis de Dirschau se trouvent vinculés par la propriété fidéicommissaire. Bon nombre de Kreise ne contiennent pas de fidéicommiss ou n'en contiennent qu'un nombre insignifiant(1). Les Oberamtsbezirke du Regierungsbezirk de Sigmaringen présentent en notre matière les chiffres les plus variés. L'Oberamtsbezirk de Sigmaringen vient en première ligne avec une superficie fidéicommissaire de 27,98 0/0 de la superficie totale(2), ensuite viennent les Oberamtsbezirke de Haigerloch (15,77 0/0), Hechingen (10,44 0/0), Gammertingen (6,31 0/0) (3). Un des Kreise de la monarchie présentant la plus forte proportion de propriété fidéicommissaire est le Kreis de « Schmalkaden ». Celle-ci comprend ici 32,34 0/0 de la superficie du Kreis et provient principalement des forêts domaniales de l'ancien électorat de Hesse. La Prusse, après 1866, les a cédées au duc de Saxe-Cobourg-Gotha, entre les mains duquel elles se trouvent encore actuellement (4). Le Kreis de Wittgenstein offre encore une proportion plus considérable de fidéicommiss ; ils couvrent ici (principalement en forêts) une superficie de 52,97 0/0 de la superficie totale du Kreis (5).

Il y a au total, dans la monarchie prussienne, 33 Kreise où la propriété fidéicommissaire occupe plus de 20 0/0 de

(1) Cf. Busch, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

(2) L'Oberamtsbezirk de Sigmaringen contient de grandes forêts, fidéicommiss des maisons princières de Hohenzollern, Fürstenberg et Tour et Taxis. Cf. Richard Hirsch, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

(3) Hirsch, *loc. cit.*

(4) Holzapfel, *op. cit.*, p. 11.

(5) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 14 (Dans le fascicule de l'enquête prussienne consacré à la Westphalie).

la superficie et comme on peut le voir par les deux exemples précédents, la catégorie de ces Kreise présente elle-même les plus grandes différences (1).

Au point de vue de l'exploitation, ces fidéicommis présentent cette caractéristique que l'exploitation forestière y joue un très grand rôle. Les forêts couvrent en Prusse une superficie de 8.192.505,1 hectares, soit 23,50 0/0 de la superficie totale, les forêts fidéicommissaires ont une contenance de 954.705,5 hectares, soit 45 0/0 de la contenance totale des fidéicommis. Les fidéicommis sont donc en moyenne presque deux fois plus boisés que ne l'est l'Etat (2). Dans 21 Kreise, les forêts des fidéicommis représentent plus de la moitié des forêts (3).

Le nombre total des fidéicommis en Prusse était d'après la statistique de 1895 de 1045. Il n'était en 1870 que de 716 (4). Cette augmentation ne provient pas du morcellement des fidéicommis existants (5) mais de la création de

(1) Cf. pour les détails indépendamment de la statistique citée *suprà*, p. 261, note 3, Comte de Spee, *op. cit.*, p. 14 ; Hirsch, (Hohenzollern), *op. cit.*, p. 9.

(2) Et cependant l'Etat prussien présente déjà une moyenne des plus satisfaisantes.

(3) Dans le cercle de Wittgenstein les forêts couvrent 93,27 0/0 de la surface forestière. Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 14 et il y a des exemples analogues pour 21 Kreise situés notamment en Silésie. Cf. Hager, *op. cit.*, p. 19 et *Zeitschrift*, p. 20. Les fidéicommis autrichiens présentent un chiffre plus imposant encore que les fidéicommis prussiens. Les forêts couvrent 66 0/0 de leur superficie. Cf. Max Fleischmann, *Archiv für öffentliches Recht*, 1^{er} cahier de 1899.

(4) Buchenberger, *Grundzüge*, p. 80.

(5) Avec les liens de toutes sortes qui vinculent la propriété fidéicommissaire, le morcellement est presque impossible. Il ne pourrait survenir qu'après une suppression du fidéicommis en vertu d'un Familienschluss suivi de la reconstitution de plusieurs fidéicommis avec les éléments de l'ancien. C'est un processus qui ne se réalise pas. L'accroissement des fidéicommis provient de l'addition d'éléments nouveaux. En 1895, la propriété fidéicommissaire pour l'ensemble du royaume de Prusse gagnait par accroissement de 41 fidéicommis existants et par création de

nouveaux fidéicommiss. Sur les 2.121.635,8 hectares de la propriété fidéicommissaire actuelle, 821.000 hectares proviennent de créations postérieures à 1850 (1). Le nombre des constitutions de fidéicommiss a été s'accroissant dans ces dernières années avec le développement de la crise agraire (2). Tandis que les créations nouvelles pour toute la monarchie n'avaient porté dans la période 1871 à 1880 que sur 177.442 hectares, chiffre déjà bien élevé, elles ont porté de 1881 à 1890 sur 195.258 hectares et dans la période quinquennale de 1890 à 1895 sur 117.871 hectares (3).

Il est vrai qu'il faut tenir compte de l'accroissement provenant du fait de la transformation de fiefs en fidéicommiss, transformation facilitée par la loi. Ces fidéicom-

11 nouveaux fidéicommiss 12.491,4 hectares, elle ne perdait par la diminution de l'étendue de 31 fidéicommiss et la dissolution de 2 d'entre eux que 699,8 hectares !

Ces chiffres généraux d'une année se trouvent confirmés par les chiffres spéciaux que fournit la statistique de la formation des fidéicommiss dans les diverses provinces. Dans la province de Posen, il n'y avait, jusqu'en 1850, que 5 fidéicommiss (Cf. Grossmann, *op. cit.* ; Posen, p. 16), avec une surface totale de 51.905 hectares. En 1895, il y en avait 37 avec une surface totale de 95.495. Et encore ne semble-t-il pas que le gouvernement prussien pour des motifs politiques (agitation polonaise) se montre très favorable à leur création (Cf. Conrad, *Festgabe für Georg Hanssen*, Tübingen, 1889, p. 292). Mêmes constatations pour la Westphalie (Comte de Spee, p. 14), pour le Regierungsbezirk de Cassel (Holzapfel, *op. cit.*, p. 12). Cf. également sur l'influence que peuvent exercer en cette matière certaines Hausgesetze, l'exemple cité par M. Holzapfel (*loc. cit.*) ; l'Hausgesetz de la famille princière de Ysenburg-Birstein. Cf. également sur l'accroissement des fidéicommiss, l'ouvrage d'un disciple de Karl Marx, M. Karl Kautsky, « *Die Agrarfrage* », Eine Uebersicht über die Tendenzen der modernen Landwirtschaft und die Agrarpolitik der Sozialdemokratie, Stuttgart, 1899, p. 200. Cet ouvrage, qui a beaucoup attiré l'attention en Allemagne, est un exposé de la politique agraire des socialistes qui ne veulent pas composer avec l'organisation rurale actuelle, notamment avec la petite propriété.

(1) Cf. Paul Hager, *op. cit.*, p. 20.

(2) Kautsky, *op. cit.*, p. 200.

(3) Hager, *op. cit.*, p. 20.

mis, au nombre de 260 en 1895, représentent par leur superficie 19,98 0/0 de la superficie totale des fidéicommis, mais 82 d'entre eux ont subi, soit lors de leur transformation en fidéicommis, soit depuis, des agrandissements.

A cet accroissement de la propriété fidéicommissaire, il convient toutefois d'opposer le mouvement d'allodification pure et simple des fiefs qui ne peut toutefois être établi statistiquement (1).

Le nombre des fidéicommis est supérieur au nombre des propriétaires. Les 1045 fidéicommis se répartissent en effet entre 939 propriétaires. Il n'est donc pas rare, actuellement de trouver plusieurs fidéicommis entre les mains d'un même titulaire. En 1895, il y avait en Prusse 29 fidéicommis ayant chacun une superficie de 10.000 hectares et au delà, avec un total de 617.539 hectares, il y avait par contre 34 propriétaires ayant chacun 10.000 ou plus de 10.000 hectares en fidéicommis avec un total de 717.993 hectares. Ces gros fidéicommis pour lesquels on peut prononcer le mot de latifundia sont exclusivement entre les mains de la noblesse (haute et basse noblesse) (2).

L'étendue de chacun de ces fidéicommis est très variable selon les régions (3), si la partie du sol prussien soumise

(1) Cf. Paul Hager, *op. cit.*, p. 21 ; cf. sur cette disparition progressive des fiefs, Gerber-Cosack, § 138, surtout texte et note 46.

(2) Dans la catégorie de 5.000 à 10.000 hectares, le nombre des propriétaires et celui des fidéicommis se couvrent à peu près 59 d'une part 60 d'autre part. Ils se couvrent moins dans les catégories de 2.000 à 5.000 hectares (164 et 174), de 1.000 à 2.000 (204-218), beaucoup moins dans les catégories de 500 à 1.000 (196-221), de 200 à 500 (149-188), de 100 à 200 (50-61), de 100 et au-dessous (83-94).

(3) Les fidéicommis hanovriens sont par exemple de peu d'étendue ; ils sont en revanche nombreux. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 173 et 174. Dans la Prusse occidentale, au contraire, il n'y a qu'un fidéicommis au-dessous de 100 hectares ; les 19 autres (c.-à-d. ceux qui ont leur siège principal dans la province) sont tous fidéicommis supérieurs à 500 hectares ; 7 de 1.000 à 2.000, 6 de 2.000 à 5.000, 4 de 5.000 à 10.000,

à l'exploitation fidéicommissaire n'est pas somme toute très considérable (2.421.635,8 hectares sur 34.854.542,3), eu égard à la superficie de la monarchie prussienne, elle ne laisse pas que d'être très importante relativement à la superficie totale des exploitations de 200 hectares et au delà. Les fidéicommis font donc partie de la grande et de la très grande propriété ; ils revêtent parfois le caractère de latifundia (1).

Quoi qu'il en soit les fidéicommis n'occupent pas en Prusse une surface excessive ; on ne saurait parler ici d'un danger économique (2).

Plus favorable est encore au point de vue de la liberté de la terre, la situation actuellement existante dans le second grand État de l'Empire, la Bavière (3). Sur les 7.586.000 hectares que comprend le royaume 161.296 seulement sont soumis au régime des fidéicommis, soit 2,12 0/0 de la superficie totale de la Bavière. C'est dans le cercle de la Haute-Bavière que les fidéicommis sont les

1 au delà de 10.000 hectares. Cf. Busch, *op. cit.*, p. 7. La province de Posen n'a que 37 fidéicommis (sur les motifs probables de ce nombre relativement minime eu égard à la répartition du sol en Posnanie, cf. *suprà*, p. 266, note 5), mais ces fidéicommis ont en moyenne plus de 4.000 hectares. Il ne se trouve pas de fidéicommis au-dessous de 200 hectares, 10 seulement ont moins de 1.000 hectares, 19 ont de 1.000 à 5.000 hectares, 8 ont 5.000 et au-dessus. Grossmann, *op. cit.*, p. 16. Cf. pour la Westphalie, comte de Spee, *op. cit.*, p. 173 ; pour le Regierungsbezirk de Wiesbaden, Hirsch, *op. cit.*, p. 91. Pour le Regierungsbezirk de Cassel, cf. Holzapfel, *op. cit.*, p. 11.

(1) Cf. sur les latifundia en Allemagne, Kautsky, *op. cit.*, pp. 150 et seq. Ils n'ont pas encore l'étendue de certains latifundia autrichiens ou hongrois. L'étendue des biens du prince Esterhazy en Hongrie est de 431.700 hectares (Kautsky, *op. cit.*, p. 152) près du tiers du royaume de Saxe ! Cf. *infra*, ce que nous disons des fidéicommis au point de vue de la paix et de l'harmonie sociales.

(2) Buchenberger, *Grundzüge*, p. 80. La constatation est d'autant plus précieuse que M. Buchenberger est un adversaire de l'institution.

(3) Cf. Paul Hager, p. 21 et *Statistisches Jahrbuch für das Königreich Bayern* 2^{ter} Jahrgang, 1895, München, 1895.

plus nombreux (31 avec une superficie de 29.667 hectares) et dans le Palatinat supérieur qu'il y en a le moins (14 avec une superficie de 29.289 hectares) (1).

De tout ceci il est permis de conclure comme le faisait il y a 15 ans un adversaire de l'institution, M. Miaskowski (2), sur la foi il est vrai de statistiques incomplètes. « Nous sommes en droit de dire que la propriété fidéicommissaire n'entraîne pas dans l'Empire allemand d'inconvénients essentiels, parce que ces inconvénients ne font leur apparition, que quand de grandes masses de propriétés se trouvent vinculées (3). »

On ne saurait toutefois méconnaître qu'il n'y ait çà et là un trop grand nombre de fidéicommis, il y a des excès locaux (4) auxquels il serait bon d'aviser. M. Buchenberger, un autre adversaire de l'institution, écrit encore (5) :

(1) La Franconie moyenne en offre un nombre plus considérable (17), mais ils ont une moindre étendue (12,354 hectares). Nous rappelons que l'institution des fidéicommis n'existe pas dans le Palatinat. Cf. *suprà*, p. 194.

Les autres pays de l'Allemagne ne présentent pas de statistiques sur la question. Cf. Hager, p. 21, note 2. Elles ne changeraient d'ailleurs pas notablement les résultats que nous donnent celles faites dans les 2 plus grands Etats de l'Empire. Cf. sur le grand-duché de Mecklembourg-Schwerin, le grand-duché de Mecklembourg-Strelitz, les duchés de Brünswick, d'Altenbourg, de Saxe-Cobourg-Gotha, sur la principauté de Reuss, ligne cadette, le grand-duché de Bade, Miaskowski, *op. cit.*, p. 78. Je remarque seulement que dans le duché de Brünswick sur les 42 biens ayant une valeur suffisante pour être transformés en fidéicommis d'après la législation locale, il y en avait, en 1881, 8 seulement qui revêtaient cette qualité.

(2) Quoique l'auteur ait tempéré, dans son bel ouvrage de 1884, le jugement qu'il avait porté en 1873 sur l'institution dans sa thèse d'agrégation « Die Gebundenheit des Grund und Bodens durch Familienfideikommisse, Iena, 1873 ».

(3) *Op. cit.*, p. 79.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 79. Par exemple en Mecklembourg, en Silésie. Cf. Buchenberger, *Agrarwesen und Agrarpolitik*, t. I, p. 469, Anmerkung.

(5) Buchenberger, *op. cit.*, p. 460. Cf. également *op. cit.*, p. 469 et *Grundzüge* du même, p. 80.

« On devrait d'ailleurs se garder de parler purement et simplement du caractère nuisible des fidéicommis au point de vue économique, car évidemment on ne pourrait le soutenir à bon droit que si une portion considérable du pays et notamment des immeubles propres à l'agriculture, était soustraite au commerce d'une façon durable par le lien du fidéicommis... »

Ces fidéicommis dont l'étendue ne présente pas actuellement un danger immédiat constituent-ils au point de vue de la technique agricole des exploitations d'ordre inférieur? M. Miaskowski, tout en reconnaissant qu'en moyenne le sol occupé par les fidéicommis était par lui-même moins fertile que celui occupé par la propriété libre, tendait sur la foi des données du revenu net servant de base à l'impôt foncier à considérer le sol allodial comme mieux cultivé que le sol fidéicommissaire (1). Mais, ainsi qu'on l'a fait remarquer en s'appuyant sur la statistique de 1895, les chiffres sainement interprétés ne viennent nullement confirmer l'opinion de M. Miaskowski (2). Sans doute en 1895 le revenu net d'impôt foncier (*Grundsteuerreinertrag*) était évalué pour toute la monarchie à 447.868.176.74 marks et celui des fidéicommis à 25.988.870.63 marks, les fidéicommis ne supportaient pas au premier abord dans l'impôt une part en rapport avec la surface occupée. Couvrant une superficie égale à 6,09 0/0 de la superficie totale de la monarchie, ils n'accusaient qu'une part de « *Grundsteuerreinertrag* » égale à 5,80 0/0. Leur revenu n'était pas ce qu'il aurait dû être.

Le tableau change un peu examiné dans ses détails ; les provinces de Prusse orientale, de Poméranie, des Schleswig-Holstein et de Hanovre ont des fidéicommis présentant un « *Grundsteuerreinertrag* » supérieur à celui que

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 55.

(2) Hager, *op. cit.*, p. 48.

comporterait leur part dans la superficie totale des biens fonds, et cependant ces fidéicommiss comprennent des forêts (1) dont le revenu net est toujours estimé à un taux moins élevé que celui des terres affectées à la culture. Quant aux autres provinces dont les fidéicommiss ont un « Grundsteuerreinertrag » insuffisant, eu égard à leur superficie, l'écart s'explique par le rôle que joue la sylviculture dans l'exploitation de ces fidéicommiss (2). Il n'est donc pas prouvé que les fidéicommiss soient plus mal administrés que les biens libres. « De même qu'en général il y a parmi les grands propriétaires de bons et de mauvais agriculteurs, faisant preuve sur leur domaine de plus ou moins de diligence, de même chez les propriétaires dont les biens sont vinculés par un fidéicommiss (3). »

En résumé les fidéicommiss ne font pas obstacle au développement normal de la vie économique du peuple allemand. Ils n'ont pas une étendue inquiétante et leur exploitation se poursuit sans déperdition de forces pour la richesse nationale.

6° On fait encore valoir contre le fidéicommiss un autre argument d'une portée économique-sociale. Le sol ne peut pas aller à des capitalistes intelligents, ou il n'y peut aller qu'à des prix excessifs, et surtout l'absence de toute perspective de devenir propriétaire est pour l'ouvrier agricole

(1) La proportion de ces forêts par rapport à la propriété fidéicommissaire est notablement plus élevée que celle des forêts de l'ensemble de la province, par rapport à la propriété libre.

Ex., en Prusse orientale les forêts occupent 17,51 0/0 de la superficie totale, elles occupent 29,81 de la propriété fidéicommissaire. Pour la Poméranie, l'écart est moins sensible, 20,15 0/0 d'une part, 24,51 de l'autre ; il reparait pour le Schleswig-Holstein (6,56 0/0 d'une part, 18,49 0/0 de l'autre), et très accentué pour le Hanovre (16,48 0/0 d'une part, 45,17 0/0 de l'autre).

(2) Cf. *suprà*, p. 265, et statistique prussienne, *op. cit.*, pp. 20 et 21.

(3) Hager, *op. cit.*, p. 47.

une incitation à quitter sa profession pour chercher à trouver emploi de son activité soit dans les villes soit à l'étranger (émigration) (1).

En réponse à la première partie de l'argument, on peut faire remarquer que les capitalistes trouvent aisément à placer leurs capitaux en terres surtout à l'heure actuelle. « Un regard dans les annonces des journaux qui entrent principalement en considération en matière de questions agricoles, nous apprend que le nombre des biens à vendre est aujourd'hui très considérable (2). » Là où un excès serait à craindre en matière de fidéicomis, l'autorité chargée d'acquiescer à la fondation aurait à aviser en vue d'empêcher une stagnation fâcheuse de la propriété.

Quant à la deuxième partie de l'argument elle contient une forte part de vérité et les grands propriétaires prussiens de l'Est qui gémissent actuellement sur le manque de bras en savent quelque chose. Mais l'argument n'atteint pas seulement la propriété fidéicommissaire, il atteint toute grande propriété, surtout lorsqu'elle s'est formée comme celle qui existe dans les parties orientales de la monarchie prussienne par des moyens qui, pour être légaux, ne peuvent cependant se colorer d'un prétexte de moralité (3).

(1) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 58.

(2) Hager, *op. cit.*, p. 39.

(3) Nous voulons parler de ce « Bauernlegen » que les monarques prussiens, au siècle dernier, cherchaient à empêcher, mais avec un succès relatif et qui s'est poursuivi sous un autre nom en notre siècle avec les lois de libération des charges féodales. La législation Stein-Hardenberg qui procédait d'une pensée heureuse eut de mauvais résultats en raison des moyens employés. Permettre aux paysans de se libérer de leurs charges par un abandon partiel de leurs terres, c'était fournir aux grands propriétaires l'occasion d'agrandissements qu'ils ne laissèrent pas échapper. Les conjonctures économiques étaient d'ailleurs favorables à l'extension des exploitations. Le point de vue a changé avec la crise agraire et le gouvernement prussien cherche ac-

7° En permettant la concentration des propriétés foncières dans les mains de quelques-uns, en protégeant les propriétaires contre les conséquences fâcheuses de l'exercice de toute activité humaine responsable, les fidéicommiss augmentent le contraste résultant des luttes économiques ; ils créent de très riches en face de très pauvres. Ils peuvent pour une forte part contribuer à porter atteinte à la paix et à l'harmonie sociales.

La concentration du capital mobilier dans quelques mains est déjà dangereuse, celle du capital immobilier l'est plus encore (1). Les fidéicommiss favorisent la formation des « latifundia », ils y prêtent trop et ne restituent guère à la circulation ce qu'ils ont une fois incorporé. La famille se trouve protégée contre l'incapacité de son chef ; le fidéicommiss selon un mot connu de Gneist est l'équivalent d'une dation de conseil judiciaire, mais c'est une dation permanente, dangereuse pour l'intérêt public. Elle fait des biens de certaines familles comme un îlot, autour duquel viennent se grouper les terres disponibles de la contrée, c'est comme un point de cristallisation (2). Il constitue le noyau d'une sorte de main-morte et comme toute main-morte il a main vive pour prendre et morte pour rendre (3).

tuellement à favoriser un mouvement en sens inverse, par ce qu'on a appelé la colonisation intérieure, c'est-à-dire l'établissement de familles paysannes sur de grands biens achetés à des propriétaires obérés le plus souvent. Ces biens sont ensuite savamment dépecés par les soins d'une « Generalkommission » qui procède également à l'installation de villages. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette législation en matière d'Anerbenrecht, à propos de l'Anerbenrecht des Renten-güter.

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 57.

(2) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 58; Cf. Buchenberger, *op. cit.*, p. 461.

(3) « Fort ist fort » disaient les paysans de la Forêt-Noire en présence de l'extension des domaines de la famille de Fürstenberg. Cf. Miaskowski, t. I, pp. 146 et 147.

Il y a une part de vérité dans ces remarques, mais aussi une part d'exagération. Les « latifundia » se peuvent former en dehors de toute législation restrictive ou abolitive de la liberté du propriétaire. D'après une remarque très juste de M. Gierke (1), l'absence du fidéicomis (2) n'a pas empêché la constitution des « latifundia » dans l'Empire romain. Les lois peuvent évidemment jouer un rôle sur ces concentrations de propriétés foncières dans quelques mains, mais elles ne sont pas seules décisives, les conditions économiques, historiques et sociales jouent un rôle et un rôle prépondérant. Ce sont elles qui de biens libres font ces « points de cristallisation » noyaux de la formation des latifundia. C'est la conclusion qui résulte d'une partie de l'enquête prussienne actuellement en cours sur la transmission successorale de la propriété rurale (3).

(1) *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*.

(2) A l'allemande bien entendu.

(3) M. Conrad avait déjà fait des constatations analogues, Article du *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, et *Festgabe für Georg Hansen*, Tübingen, 1889, p. 262 et seq. D'après M. Conrad il y avait en 1886 dans les 7 provinces prussiennes de l'Est 154 propriétaires (personnes morales ou physiques) ayant chacun plus de 5.000 hectares. Ces 154 propriétaires disposaient de 1761 biens et de 1.637.963 hectares ; 1014 de ces biens (57,6 0/0) ayant une superficie totale de 819.903 hectares (50,1 0/0) étaient soumis au régime des fidéicomis.

On ne saurait évidemment parler de la formation de *latifundia* en France ; mais nous n'en pouvons pas moins invoquer l'exemple de notre pays pour prouver que la concentration des terres peut s'opérer en dehors d'un droit successoral spécial et même en dépit d'un droit successoral contraire. L'une des craintes des réformateurs de 1826 était de voir le sol français morcelé à l'infini entre une multitude de propriétaires, de voir naître à la longue une véritable poussière de propriétés. C'était oublier qu'avec la liberté des aliénations il y a un travail de concentration des terres parallèle au travail de morcellement quoique moins fort que lui. La grande propriété n'a pas disparu en France bien qu'elle n'y atteigne pas les superficies énormes qu'elle atteint à l'est de l'Allemagne. L'étendue moyenne de la grande propriété est infiniment moins élevée chez nous que chez nos voisins de l'est. Dans les statistiques officielles on

Dans la province de Posen (1) la très grande propriété se maintient, en dehors de toute protection fidéicommissaire (2).

« Mais s'il n'est point exact que la seule protection du fidéicommis crée la grande propriété, il est cependant certain que cette protection favorise sa naissance et son développement (3). » Il n'y a pas là un danger sans remède ; le remède existe dans la fixation d'un maximum légal de superficie fidéicommissaire analogue à celui que présente déjà la loi badoise (4). Ce qui pour les fidéicommis déjà constitués dépasserait le maximum serait soumis au droit commun successoral ; il ne serait fait exception qu'en faveur des membres de familles souveraines (5).

Dans tous les cas le fidéicommis ne saurait être accusé d'accentuer seul le contraste des classes sociales tel qu'il

entend par grande propriété celle dépassant 100 hectares (sur ce chiffre trop élevé pour les régions fertiles de la France, cf. Leroy-Beaulieu, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, Paris, 1896, t. II, p. 18). C'est une étendue que dépassent certains Bauerngüter Westphaliens. M. Miaskowski, vers l'année 1882, en mentionnait d'une étendue de 900 journaux (plus de 200 hectares). Cf. Miaskowski, t. I, p. 78.

De la dernière statistique agricole on pourrait tirer la conclusion que la propriété au-dessus de 100 hectares tend à se développer. Cf. Kautsky, *op. cit.*, p. 202. Quant à la propriété au-dessus de 40 hectares elle atteste une diminution du nombre des exploitations et un accroissement des surfaces cultivées, partant tendance à la concentration. Cf. Kautsky, *op. cit.*, p. 132.

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 14.

(2) Cf. Grossmann, *op. cit.*, pp. 14, 16, 18, 28 ; cf. toute la deuxième partie, *Die Vererbung des Grossgrundbesitzes*, p. 69 et seq., toutefois cette grande propriété change fréquemment de mains. Cf. pour la Prusse occidentale, Felix Busch, *op. cit.*, p. 7 et 8. Cette grande propriété change aussi fréquemment de mains, p. 80 et seq. surtout p. 87.

(3) Kautsky, *op. cit.*, p. 202 ; Hager, *op. cit.*, p. 37.

(4) Cf. *suprà*, p. 202, texte et note 2 ; *Archiv für öffentliches Recht*, 1^{er} cahier de 1899.

(5) Cf. Conrad, *Festgabe*, p. 300.

résulte de la lutte économique. La grosse fortune immobilière n'a plus une prépondérance exclusive, la grande richesse ne se traduit plus seulement par la concentration d'imposantes masses foncières mais par l'accumulation de capitaux mobiliers souvent énormes. Les plus imposés à l'impôt sur le revenu étaient en Prusse pour l'année 1896-1897 (1) des contribuables qui n'étaient même pas gros propriétaires fonciers. L'un évaluait sa fortune à 215 millions, son revenu annuel à 6 ou 7 millions, l'autre sa fortune à 124 millions, son revenu annuel à 6 ou 7 millions (2).

Les grands propriétaires fonciers (3) ne pouvaient ni au point de vue du capital, ni au point de vue du revenu rivaliser avec les deux premiers. Et il est peu probable que les conjonctures au milieu desquelles se débat actuellement l'agriculture allemande leur en fournissent de sitôt l'occasion. Nous avons vu ailleurs qu'il y avait un nombre respectable de moyens fidéicommiss dont la fortune territoriale ne semblé pas de nature à accroître l'acuité des rapports sociaux plus que ne le ferait toute autre fortune (4).

(1) Cf. Hager, *op. cit.*, p. 42, d'après la statistique de l'Einkommen et de l'Ergänzungssteuerveranlagung pour 1896-1897 présentée à la fin de janvier 1897 à la Chambre des députés prussienne.

(2) En marks; le mark vaut 1 fr. 25.

(3) L'un d'eux cependant, le prince de Pless, possède plus de 60.000 hectares (pour la plupart fidéicommiss) dont 51.072 en Silésie. Cf. Hager, *op. cit.*, p. 42; Kautsky, *op. cit.*, p. 152.

(4) Il est juste de remarquer que ces grosses fortunes mobilières sont en général le produit d'une activité personnelle, déployée soit à les acquérir, soit à les conserver, qui ne se manifeste pas dans les fortunes fidéicommissaires. Le principe du fidéicommiss n'est pas de nature à purifier les vices d'une propriété mal acquise. Toute injustice commise pour l'acquisition d'une propriété devenue fidéicommissaire se « fige » en quelque sorte, selon l'expression de Walcker (wird gefrieren gemacht); le souvenir de ses origines douteuses s'efface difficilement. C'est surtout vrai de la grande propriété anglaise. Cf. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, tome I, p. 551, notes 1 et 2.

8° Un autre reproche adressé aux fidéicommiss, celui-là moins économique que politique, est de constituer un danger pour la liberté et l'indépendance des « humbles » (kleinere Leute). M. Miaskowski (1), qui signalait ce danger en 1884, s'appuyait sur la décision prise à l'unanimité le 21 octobre 1883 par le congrès des délégués des agriculteurs allemands progressistes de Bohême, de constituer un comité chargé de faire une enquête sur l'accroissement menaçant des fidéicommiss dans la région et sur le contre-coup qu'avait cet accroissement à l'égard de la petite propriété. Et comme motifs de cette décision on donnait que les propriétaires de ces grands fidéicommiss étaient en mesure d'exercer une influence colossale (einen colossalen Einfluss) sur les petits propriétaires et la situation des travailleurs ruraux. A cela on a répondu (2) que l'argument ne vaut que pour l'Autriche en général où les classes possédantes n'ont consenti qu'en 1896 à faire une place au « Reichsrat » à des députés élus par le suffrage universel, et pour la Bohême en particulier où les fidéicommiss couvrent une superficie supérieure de près de moitié à celle qu'ils couvrent dans la monarchie prussienne. En Allemagne où le Reichstag est élu au suffrage universel on n'a pas à redouter un semblable danger ; de plus en plus les classes rurales inférieures font preuve d'indépendance à l'égard des gros propriétaires (3).

9° Les cadets exclus de la succession fidéicommissaire, a-t-on dit encore, cherchent un dédommagement dans les emplois publics. L'État doit pourvoir à leur établisse-

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 59 et Hager, *op. cit.*, p. 36.

(2) Hager, *op. cit.*, p. 36.

(3) Ce n'est peut-être pas exact pour les Landtage des divers États allemands ; en particulier pour le Landtag (Abgeordnetenhaus) prussien ; mais le reproche n'a rien de spécial aux fidéicommiss, il atteint toute grande propriété.

ment (1). Que le reproche ait eu autrefois sa raison d'être, surtout en Angleterre, c'est ce qui ne saurait être nié. mais qu'il ne l'ait pas perdu depuis, même dans le Royaume Uni, c'est ce que l'on ne saurait plus soutenir. L'Allemagne n'a pas en général connu une exploitation de cadets à l'anglaise et aujourd'hui elle y serait moins que jamais possible. Les avantages de fait que les puînés rencontrent dans certaines carrières, notamment dans l'armée, leur sont accordés moins en leur qualité de cadets que de nobles (2).

D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Miaskowski, quand bien même la noblesse ayant une assiette territoriale fidéicommissaire userait de son influence pour assurer le placement de ses cadets dans les diverses branches des carrières civiles et dans la carrière militaire, y aurait-il là rien de spécial à cette noblesse (3).

10° Il est un argument contre les fidéicommiss qu'il

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 62; Hager, p. 42.

(2) Le corps d'officiers de certains régiments est composé exclusivement de nobles, cf. Hager, p. 43. Cela se voit ailleurs qu'en Allemagne.

(3) Stahl, l'un des protagonistes les plus ardents des fidéicommiss, disait déjà (*Siebzehn Parlamentarische Reden*, Berlin, 1862, p. 49) : « Mit demselben Grunde, mit dem man hier das Fideikommiss bekämpft müsste man den geheimen Räten und Präsidenten das Cölibat auflegen, da auch ihre Söhne begünstigt werden. »

M. Miaskowski fait remarquer que les cadets allemands héritiers des noms et titres de leurs ascendants se trouvent de ce fait dans une situation inférieure aux cadets anglais qui peuvent, sans déroger, s'adonner aux professions lucratives et se faire une situation ; il rappelle à cet égard le mot de Charles Richet dans son article sur l'accroissement de la population française (*Revue des Deux-Mondes* de 1882, p. 611) : « Si le droit d'aînesse n'avait pas existé, ils (les puînés) eussent joué le rôle peu désirable de consommateurs. Pauvres et actifs ils sont devenus des producteurs. » Toutefois cette transmission des noms et titres a aussi son avantage pour les puînés ; ils prennent ainsi leur part de la considération dont jouit la famille avec les avantages pécuniaires qui en résultent (mariages riches).

convient de mentionner, quoique actuellement il ne porte plus : c'est celui du danger que court la sécurité du commerce du fait de cette institution. Avec le système des livres fonciers tel qu'il existe dans la plupart des États de l'Allemagne et surtout tel qu'il fonctionnera d'une façon uniforme pour tout l'Empire en vertu de la loi fédérale du 24 mars 1897 (1) les transactions immobilières ne peuvent pas plus courir de risques du fait de l'institution des fidéicommiss que du fait de l'institution des hypothèques. C'est à celui qui veut acquérir un droit sur un immeuble à se renseigner sur la situation juridique de son cocontractant et avec la précision du système des livres fonciers, la qualité fidéicommissaire d'un bien ne pourra faire courir de dangers qu'à celui qui aura fait preuve de la plus extrême négligence (2).

11° Enfin, et c'est là l'argument le plus fort, le fidéicommiss en créant une situation privilégiée à quelques familles va à l'encontre de l'évolution dans le sens de l'égalité de conditions qui est la caractéristique des temps modernes.

En fait l'argument est vrai, théoriquement il ne l'est pas pour la plus grande partie de l'Allemagne ; en droit ce n'est une institution de classe qu'en Bavière et que dans le grand-duché de Bade (3).

Nous avons vu les objections que soulevait l'institution du fidéicommiss, elles ne sont pas toutes également pro-

(1) Cf. *suprà*, p. 224. Sans parler des mesures de publicité prescrites pour les différents actes relatifs au fidéicommiss lui-même.

(2) On sait qu'il en est autrement en France. Notre système de publicité personnelle est de la plus complète insuffisance ; il ne fonctionne que grâce à la diligence des officiers ministériels et des conservateurs des hypothèques. Mais cette diligence n'est pas gratuite et les frais en pèsent lourdement sur la propriété immobilière, surtout sur la petite.

(3) Cf. *suprà*, p. 198.

bantes, certaines même sont assez faibles. Quels arguments faire valoir en faveur de l'institution ?

D'après les défenseurs du fidéicommiss l'institution se recommande par ses avantages économiques, politiques et sociaux.

1° A) Au point de vue économique, le fidéicommiss qui se meut surtout dans le cercle de la grande propriété, a tous les avantages connus de celle-ci et en plus certains avantages propres. Avec la grande culture il a de communs les suivants : a) Il met obstacle à la spécialisation de l'entreprise agricole ; l'heureuse variété des cultures empêche un mauvais emploi du sol.

A une époque où en raison de la concurrence des pays neufs l'agriculteur doit abandonner en partie la culture des céréales pour se consacrer à l'élevage, la grande propriété paraît appelée à jouer un rôle important (4).

Elle seule peut s'adonner d'une façon rationnelle à l'industrie laitière, car elle seule peut englober dans son exploitation les diverses branches de cette industrie (2). Là où les conditions climatiques, géographiques, les éléments de la formation du sol sont favorables à la culture herbagère les fidéicommiss peuvent être utiles en assurant le maintien des grandes propriétés.

(1) D'après M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 66, principalement en matière d'élevage du cheval « an deren (Pferdzucht) Blüthe der Staat aus Rücksicht auf die Versorgung der Armee mit dem nötigen Pferdmaterial namentlich in Kriegszeiten ein spezielle Interesse hat, erscheint der Fideikommissbesitz wegen der regelmässig grossen Ausdehnung seiner Wiesen und Weiden und wegen der geringen Arbeitsintensität dieses Erwerbszweiges vorzugsweise.... geeignet ». L'auteur fait toutefois remarquer que les payans de la Prusse orientale pratiquent cet élevage avec beaucoup de succès. — On pourrait faire une remarque analogue en France, nos pays d'élevage ne sont pas nécessairement des pays de grande propriété (Normandie, Poitou).

(2) Les petits propriétaires peuvent remédier à leur infériorité par l'association.

c) Le fidéicommis partage encore avec la grande propriété l'avantage de faciliter les améliorations culturales (drainage, irrigation, etc.), celui d'assurer un meilleur emploi du capital fixe d'une exploitation, celui de permettre la division du travail, celui de développer certaines industries agricoles accessoires supposant de grandes quantités de produits bruts (1).

Mais tous ces avantages de la grande propriété, la propriété fidéicommissaire ne peut les offrir qu'autant qu'elle est bien conduite et peut aisément se procurer du crédit. C'est à ces deux conditions qu'elle sert d'éducatrice de la petite culture et joue son rôle social. Or ces deux conditions lui font parfois défaut.

B) Les fidéicommis ont de plus au point de vue économique leurs avantages propres.

a) Ils assurent la consistance et la cohésion des grands biens ainsi que la permanence du caractère de leur exploitation. Les modifications qu'ils subissent sont celles rendues nécessaires par les conjonctures économiques et non pas celles résultant d'événements qui n'ont rien de commun avec elles (2). Comme le faisait remarquer M. Schmoller (3) il est de l'intérêt économique de toute la nation que le plus grand nombre d'entreprises constituent la suite directe des affaires paternelles afin de ne pas rompre avec la tradition qu'elles comportent, afin d'éviter les pertes, méprises, frais d'installation et de mise en train. Cette continuité a son importance principalement en matière

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 66 (sucreries, distilleries agricoles).

(2) Comme c'est le cas pour les biens soumis au régime successoral de droit commun. Ce régime mène au partage en nature ou à la transmission intégrale du bien à un seul surchargé de soutes au profit de ses cohéritiers. Cette surcharge est une des causes principales de l'endettement de la terre.

(3) Thiehls *landwirtschaftliche Jahrbücher*, 1882, p. 622. Cf. Hager, *op. cit.*, p. 32 ; Miaskowski, p. 67.

agricole, la terre ne rend que lentement ce qu'on lui a donné ; il faut que le propriétaire ait le sentiment que les dépenses qu'il y affecte ne profiteront pas à d'autres qu'à lui-même ou aux siens ; la pensée de semer ce que d'autres récolteront est plutôt de nature à paralyser l'activité humaine. C'est une pensée étrangère au titulaire du fidéicommis (1). Elle ne le détournera pas d'améliorations culturales à résultats éloignés, elle le détournera au contraire d'une exploitation nuisible au sol pouvant amener son épuisement rapide (2).

Ce respect de la tradition ne doit pas évidemment dégénérer en routine, cette tradition doit être intelligente, ne pas être aveuglément imposée par les termes mêmes de l'acte de fondation (3). Chaque titulaire de fidéicommis doit pouvoir accommoder son exploitation aux conditions économiques ou sociales de l'époque où il vit.

Les avantages résultant de la continuité d'une exploitation se manifestent surtout en matière de sylviculture. C'est ce que concèdent volontiers certains adversaires de l'institution eux-mêmes (4). L'indivisibilité du fidéicom-

(1) S'il est assuré d'une descendance mâle, car la pensée de travailler pour des agnats d'une autre ligne peut produire les mêmes résultats que la pensée de travailler pour des étrangers, à moins d'un esprit de famille développé que l'on s'accorde d'ailleurs à reconnaître dans les familles faisant usage des fidéicommis.

(2) Ce que l'on appelle en allemand « Raubbau ». Cf. Hager, *op. cit.*, p. 32. Le tout sous le bénéfice des observations présentées à la note précédente. Cf. dans Miaskowski le passage de Stein (Pertz, *op. cit.*, tome II, p. 454) le réformateur de la monarchie prussienne qui au siècle dernier faisait l'éloge des grandes exploitations fidéicommissaires du sud et de l'ouest de l'Allemagne « das zu ihnen gehörige Grundeigentum, in einem so vollkommenen Zustande sich befindet als das, so nicht mit Fideicommissen belegt ist ».

(3) Prescription de tel mode de culture. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 68.

(4) Cf. Buchenberger, *Grundzüge*, *op. cit.*, p. 80. Dans son *Agrarpolitik*, le même auteur, tome I, p. 465, avait écrit : « Die Bedenken

mis empêche le morcellement de la forêt, elle demeure dans toute sa cohésion. Cet avantage et la certitude que les coupes non effectuées actuellement ne le seront pas dans la suite des temps par des étrangers, incitent le propriétaire à une exploitation forestière rationnelle (1). Il évitera les coupes prématurées ; il sait que les sacrifices qu'il consent actuellement par un entretien souvent coûteux de forêts qui ne rapportent rien, ne profiteront pas à d'autres qu'aux siens. D'ailleurs si ce sentiment lui faisait défaut, les Anwærter seraient en droit de le rappeler judiciairement au respect de ses obligations et de ne tolérer de sa part que les coupes répondant à l'aménagement du bien (2). On a pu comparer l'exploitation fores-

gegen den fideicommissarisch gebundenen Besitz in volkswirtschaftlicher Beziehung treten zurück, ja verwandeln sich in Vorzüge, wenn und soweit derselbe forstliches Gelände umfasst, da Rücksichten der forstlichen Technik die Erhaltung des Waldes im allgemeinen erheischen, diese Erhaltung aber bei Fideikommissgütern in besonderem Maasse gewährleistet ist, ein Gesichtspunkt, der von den grundsätzlichen Gegnern des Fideicommisswesens meist nicht hinreichend gewürdigt wird. » M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 68, écrit : « Es erscheint die Waldwirtschaft gleichsam als die den Fideikommissgütern naturgemässe. »

(1) Cf. sur les résultats que produit en matière forestière le morcellement des propriétés là où il n'y est pas remédié par un vigoureux esprit d'association, Gothein, *Agrarpolitische Wanderungen im Rheinland* dans *Festgaben für Karl Knies*, herausgegeben von Otto Freiherrn von Bönigk, Berlin, 1896, pp. 261, 262, 263 à 269, 272. La grande propriété forestière peut se reconstituer par le rachat des parcelles surtout lorsque le commerce de ces parcelles est très actif, mais elle se reconstitue au profit de capitalistes de la ville. La forêt a changé de mains. A la page 274 l'auteur fait un tableau de la petite propriété forestière parcellaire. Elle n'utilise pas la forêt comme telle. Ce n'est pour elle que l'équivalent d'un herbage. Sans doute, fait remarquer M. Gothein, au cours d'une promenade pendant l'arrière-saison, elle ne fait pas mauvaise impression. « Le sol de la forêt est proprement balayé comme celui d'une chambre ; il n'y a plus la moindre feuille.... Mais les arbres rabougris, le taillis témoignent du pillage auquel la forêt a été soumise pendant des siècles. »

(2) Hager, *op. cit.*, p. 25.

tière des titulaires de fidéicommis à celle poursuivie en la matière par les personnes morales (1). De part et d'autre c'est le même sentiment de durée qui porte à faire faire l'intérêt présent pour l'intérêt futur et avec avantage pour l'intérêt général.

Car l'intérêt général entre en jeu, non seulement au point de vue des forêts de protection (Schutzwälder) nécessaires dans certaines régions, mais aussi au point de vue de toute forêt dans la mesure où elle peut exercer sur les conditions climatiques une influence certaine quoique encore scientifiquement mal définie (2). Le propriétaire du fidéicommis est en cette matière le représentant de l'État (3); et peut-être même l'action du représentant est-elle préférable à celle plus directe du représenté; car la propriété individuelle en cette matière comme en beaucoup d'autres n'abdique rien de sa supériorité sur la propriété publique (4).

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 68.

(2) Sans parler de l'influence des forêts, au point de vue du régime des eaux.

(3) « Vicar des Staats », Miaskowski, *op. cit.*, p. 69.

(4) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 69. Que les « Waldfideikomnisse » soient nombreux c'est ce qui résulte de la statistique prussienne de 1895. Cf. *supra*, p. 265 et *Zeitschrift des königlichen preussischen statistischen Büreaus*, 1897, pp. 2, 19. Il est à remarquer d'ailleurs que les fidéicommis, quoique contenant en général une étendue de forêts plus considérable que la région où ils sont situés, montrent dans cette étendue les mêmes variations que la région elle-même.

Dans les contrées peu boisées, ils présentent en général une moyenne de boisement supérieure à celle de la contrée sans toutefois atteindre celle de l'État (23,50 0/0 de la superficie totale), à plus forte raison celle des fidéicommis (45 0/0 de la superficie totale des fidéicommis). Dans le district d'Aurich les forêts occupent 2,41 0/0 de la surface totale, les forêts fidéicommissaires occupent 9,93 0/0 de la surface fidéicommissaire, ce qui est loin de 23,50 0/0 et de 45 0/0. Cf. pour d'autres districts la *Zeitschrift*, p. 2. Mais même alors l'influence du fidéicommis se fait sentir. Dans 21 Kreise la superficie forestière des fidéicommis forme au moins la moitié de la superficie forestière de toute

b) Le fidéicommis, ainsi que nous l'avons vu plus haut, empêche l'alliance féconde du capital et du travail. Mais s'il est de nature à ne pas procurer à son titulaire de grandes ressources pécuniaires, il limite en revanche dans une mesure considérable les charges de celui-ci (1). Il n'a pas à redouter d'endettement provenant de prix de ventes ou de soultes à payer à ses cohéritiers; l'endettement, les douaires et apanages mis à part, provient d'emprunts qui ont été consacrés à l'amélioration du bien, qui en ont augmenté la valeur. Le fidéicommis ne se trouve pas grevé du poids mort qui pèse sur toute propriété allo-diale. Les adversaires du fidéicommis, partisans de l'Anerbenrecht (2), insistent sur l'avantage que présente la transmission successorale fidéicommissaire au point de vue d'une transmission intégrale sans soultes excessives.

D'après M. Miaskowski, tant que l'on n'aura pas apporté au droit commun des successions des modifications dans le sens de l'Anerbenrecht, on ne saurait supprimer le fidéicommis. C'était également l'avis de Walcker, autre adversaire de l'institution. Stahl, qui s'est fait leur champion, les défendait principalement à ce point de vue (3).

la région pour atteindre dans le cercle de Wittgenstein 93,27 0/0. Cf. *suprà*, p. 265, note 3 et *Zeitschrift*, p. 20.

(1) Cf. Hager, *op. cit.*, p. 31; Miaskowski, *op. cit.*, p. 69.

(2) L'Anerbenrecht n'est qu'une règle de transmission successorale *ab intestat* ne limitant pas le droit de disposition du propriétaire soit entre vifs, soit même à cause de mort. Il n'ordonne la transmission intégrale qu'à défaut de volonté contraire de la part du propriétaire. On peut donc ne pas être partisan des fidéicommis quoique partisan de l'Anerbenrecht et *vice versa*.

(3) Stahl, *op. cit.*, p. 88. « Uebrigens haben wir, die wir für die Fideikommisse in den entscheidenden Verhandlungen von 1849 und 1851 (Stahl parlait en 1858) eingetreten sind, niemals in Abrede gestellt, das unter den verschiedenen Weisen, die Güter zu binden, die der Fideikommisse keineswegs die empfehlenswertheste sei. Wenn unsere Gesetzgebung eine allgemeine Erbordnung gäbe, nach der

Et les constatations faites dans la dernière enquête successorale ne sont pas de nature à leur donner tort, du moins au point de vue de la grande propriété. Dans la province de Prusse occidentale où les fidéicommiss jouent un rôle relativement peu important (1), la grande propriété est très endettée (2) et cet endettement donne lieu à un très grand nombre de ventes forcées, encore qu'il ait diminué dans ces derniers temps mais plutôt par la crainte qu'éprouvaient les créanciers de ne pouvoir être payés que par une réduction véritable des causes d'expropriation (3). Cet endettement provient principalement de soultes héréditaires. Ces soultes maintiennent les biens à un prix hors de proportion avec les revenus qu'ils peuvent fournir (4). La baisse du prix du blé dont la production constitue la branche la plus importante de l'agriculture de la province a aussi pour sa part contribué à cet endettement (5). Ces constatations ne faisaient que confirmer celles déjà faites en 1894 à la Conférence agraire de Berlin, réunie sur l'initiative du Ministre de l'agriculture ;

Weise der Lehnordnung, der deutschen Stammgutsordnung, würde ich das noch weit angemessener erachten, als die Begünstigung der Fideikommissse. »

(1) D'après l'enquête 3,38 0/0 de la superficie, la moyenne pour le royaume de Prusse est de 6 0/0. Cf. également Busch, *op. cit.*, p. 7.

(2) Busch, *op. cit.*, p. 82.

(3) Busch, *op. cit.*, p. 83.

(4) Busch, *op. cit.*, p. 84.

(5) Cf. sur tous ces points le rapport du Landrat de Kulm reproduit dans Busch, *op. cit.*, p. 85. La grande propriété change fréquemment de mains dans la province. Cf. constatations analogues pour la grande propriété non fidéicommissaire de la province de Posen principalement entre les mains de Polonais, Grossmann, *op. cit.*, p. 69 et seq., pp. 67 et 68. Les grands propriétaires ne seraient pas hostiles à un régime successoral spécial offert par la loi, les justifiant à l'égard des enfants dont les parts seraient réduites. Cf. Discours du ministre d'Etat, comte de Zedlitz, à la Conférence agraire de Berlin de 1894, *op. cit.*, p. 227.

on avait déjà remarqué que les régions à fidéicommis étaient à peu près non endettées (1).

II° Le fidéicommis, d'après ses défenseurs, a aussi des avantages sociaux et politiques.

Socialement il assure le maintien de l'esprit de famille ; la pensée qui a présidé à la fondation du fidéicommis ne disparaît pas avec le fondateur ; elle se maintient intacte à travers les générations, soit qu'elle ait un caractère purement moral et se satisfasse dans l'idée du maintien du bien dans la famille (2), soit qu'elle trouve son expression matérielle lors de l'accomplissement de certains actes juridiques ou lors de la transmission successorale d'une ligne agnatique à une autre.

Les bienfaits du fidéicommis ne s'épuisent pas d'ailleurs dans le cercle plus ou moins étroit d'une famille, ils se répandent au delà dans un but charitable, par l'obligation fréquemment imposée aux titulaires du fidéicommis de veiller à l'entretien d'œuvres ou d'institutions utiles à l'ensemble d'une population (3). Par là nous pénétrons sur un terrain sur lequel se placent volontiers les défenseurs du fidéicommis en Allemagne, sur le terrain politique.

III° L'institution d'après eux est nécessaire pour assurer le maintien d'une saine aristocratie (4). Les motifs donnés à l'appui de ce maintien varient d'ailleurs dans le détail.

(1) Cf. Discours de l'Oekonomierat, Winkelmann, *op. cit.*, p. 138. Cf. également les constatations de M. Kautsky, *op. cit.*, p. 203.

(2) M. Schmoller (*Thiels landwirtschaftliche Jahrbücher*, 1882, p. 622), dit en termes un peu bibliques à ce sujet : « Es wird ewig für die engere Familie der Kinder und Geschwister ein sittliches Bedürfniss bleiben, dass das heilige Feuer auf dem Heerde des Elternhauses nicht erlösche... »

(3) Ecoles, fondations pour les pauvres, cf. sur ces *Pekuniärfideikomnisse*, Miaskowski, *op. cit.*, p. 27, texte et note 27 et le renvoi.

(4) Nous rappelons que l'immense majorité des fidéicommis se trouve entre les mains de la noblesse. Cf. *suprà*, p. 198.

Tandis que les uns insistent sur l'avantage que présente l'aristocratie au point de vue de l'administration locale, les autres insistent sur son rôle au point de vue politique général dans un État monarchique. Parmi les premiers il convient de citer principalement Stüve (1) et plus récemment von Mohl (2).

Au nombre des seconds il convient de citer des écrivains ou politiques (3) de tendances aussi opposées que Stahl (3) et Geffcken (4) d'une part et Guillaume de Humboldt (5) et Dahlmann (6) de l'autre. Tous se sont prononcés en faveur des fidéicommissaires surtout au point de vue de la formation d'une Chambre haute (7). Plus récemment en-

(1) *Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Grundbesitzes in Niedersachsen und Westfalen*, Iena, 1851, p. 225.

(2) *Polizeiwissenschaft*, 3^e édition, Tübingen, 1866, t. II, § 119.

(3) Stahl, *Siebzehn parlamentarische Reden*, p. 91.

(4) Geffcken, *Die Reform der preussischen Verfassung*, Leipzig, 1870, p. 113. Ouvrage paru d'abord sans nom d'auteur.

(5) Lettre au baron de Stein (14 mai 1815), Pertz, *Des Freiherrn von Stein Leben*, 1854, t. V, p. 675.

(6) Dahlmann, *Die Politik auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Leipzig, 1847, 3^e édition (la première parut en 1835).

(7) Il peut paraître intéressant de donner à cet égard quelques renseignements sur la composition des Chambres hautes des divers États de l'Empire allemand. L'Empire n'a pas de Chambre haute ; le Bundesrath est tout autre chose ; c'est une réunion de délégués des souverains ou pouvoirs exécutifs de la confédération, se décidant d'après les instructions reçues.

En Saxe appartiennent entre autres à la première Chambre les princes majeurs de la maison royale, le titulaire de la seigneurie de Wildenfels, un député de l'Université de Leipzig, les titulaires des Standesherrschaften de Reibersdorff et de Königsbrück, le premier prédicateur évangélique de la Cour, le doyen de l'Eglise cathédrale de St-Pierre à Budissin, etc., 12 députés membres à vie, représentants des propriétaires des Rittergüter et d'autres grands biens ruraux, 10 membres à vie choisis par le roi parmi les propriétaires de Rittergüter. Ceux-ci et les précédents doivent justifier d'une propriété d'un taux élevé d'impositions foncières (4.000 Steuereinheiten). Ne peuvent être élec-

core M. Gierke (1) écrivait : « quelque convaincus que nous soyons d'une part de la nécessité impérieuse d'une assise démocratique de l'État moderne et d'autre part quelque haute pensée que nous ayons de la future mission de la monarchie, nous ne pouvons cependant nous défendre de considérer comme nécessaires des éléments aristocratiques modérateurs pour protéger notre peuple contre l'alternative d'une dégénérescence révolutionnaire ou césarienne. Mais ces pensées et ces aptitudes.... seule une aristocratie foncière solidement assise peut les réaliser dans toute leur mesure. »

Comme on l'a fait remarquer (2) l'assise foncière même fidéicommissaire de l'aristocratie n'est pas une garantie suffisante de l'aptitude de la noblesse à jouer le rôle qu'on veut lui attribuer. Administration locale intelligente, saine politique interne et externe, tout cela suppose un bon fonds d'idées politiques, un dévouement complet à la chose publique ; toutes qualités qui ne se rencontrent pas nécessairement dans les familles à fidéicommis (3).

teurs des premiers que les propriétaires de biens grevés d'une imposition de 3.000 *Steuereinheiten*.

En Wurtemberg indépendamment des membres de droit ne peuvent être nommés par le roi membres héréditaires de la Chambre haute que les propriétaires fonciers de la haute et de la basse noblesse qui ont une fortune territoriale fidéicommissaire se transmettant héréditairement d'après les règles de la primogéniture. Ce fidéicommis doit de plus fournir un revenu minimum de 6.000 Gulden (intérêts des dettes grevant le fidéicommis déduits). Dispositions analogues pour le Grand-Duché de Bade, pour le Grand-Duché de Hesse, pour le royaume de Prusse. Cf. sur tous ces points Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, pp. 264, 265, 266, 267.

(1) *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Art. Fideikommiss, p. 422.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 73.

(3) D'après une remarque de M. Conrad aucun des hommes qui ont pris part à la formation de l'unité allemande n'appartenait à une famille

Vouloir conserver le fidéicommis en considération d'un ordre de choses que l'on désire maintenir ou atteindre sans prendre garde à l'ambiance sociale est une erreur (1). Il est d'ailleurs douteux que l'avenir appartienne aux Chambres hautes avec membres héréditaires ; beaucoup de constitutions monarchiques étrangères ignorent l'institution de ces membres héréditaires. L'Empire d'Allemagne n'a même qu'une seule Chambre. « Quand enfin, écrit M. Miaskowski (2), on attend d'une noblesse protégée par les fidéicommis, qu'elle soit un soutien du trône, on doit cependant mentionner qu'elle en a été souvent la perte. Il suffit comme preuve de rappeler la part que la noblesse a prise à la chute des Stuarts, des Wasas, des Bourbons français et espagnols, des Guelfes. » La noblesse présente bien plutôt par ses résistances un obstacle aux réformes sociales qu'exige de la monarchie l'évolution actuelle. L'État peut d'ailleurs renoncer à protéger artificiellement l'aristocratie sans que celle-ci disparaisse ; l'histoire est là pour en témoigner.

Après avoir exposé les attaques dont l'institution des fidéicommis est l'objet ainsi que les arguments que l'on fait valoir en sa faveur, il nous faut tirer nos conclusions des raisons invoquées de part et d'autre.

Il n'y a pas de bonnes raisons pour la suppression immédiate des fidéicommis, il y a au contraire de bons motifs en faveur de leur maintien avec les transformations rendues nécessaires par l'esprit de notre époque.

fidéicommissaire : « Erst aus den Dotationen ist ihnen eine solche Basis für die Zukunft erwachsen. »

(1) Cf. la partie économique de l'article fidéicommis du Handwörterbuch. M. Conrad, l'auteur de cet article, sans se montrer hostile à une aristocratie, qui par tradition se consacre aux affaires publiques, ne pense pas que l'aristocratie soit en Allemagne un soutien de la monarchie, il voit un semblable soutien dans l'ensemble des classes cultivées.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 75.

Le fidéicommiss s'est affirmé comme une institution parfaitement viable (1) ; il supporte très allègrement les attaques dont il est l'objet à des titres divers. L'inégalité créée entre enfants, n'est pas une inégalité de droit, c'est une inégalité de fait (2), il n'y a d'atteinte portée à l'autorité des chefs de famille titulaires du fidéicommiss que là où l'esprit de famille n'est pas vigoureux (3) ; c'est encore cet esprit qui peut pallier au danger d'une exploitation défectueuse du bien (4). Tous les arguments que l'on fait valoir contre le fidéicommiss en considération de la famille ne portent que là où l'esprit de famille fait défaut. Que tel ne soit pas le cas en Allemagne, c'est ce qui résulte du progrès continu qu'y font les fidéicommiss ; c'est ce qui résulte également de l'absence de protestations de la part des principaux intéressés dans la question, de ceux pour lesquels le bénéfice du fidéicommiss ne se traduit dans certains cas que par un modeste apanage ou un douaire peu important (5).

C'était déjà à cette catégorie d'objections que répondait M. Miaskowski lorsqu'il écrivait, il y a 45 ans : « La plupart des arguments invoqués contre les fidéicommiss ont leur point de départ dans une conception individualiste de la vie et supposent la prédominance d'une semblable conception. Aussi ne portent-ils en réalité que là où cette conception de la vie a véritablement trouvé un accueil général et a conduit à une coutume correspondante. Un fort esprit de famille s'est-il au contraire maintenu dans les

(1) Pour M. Gierke, *op. cit.*, le fidéicommiss « in voller Lebenskraft blüht ». D'après Cosack sur Gerber, § 75 *in fine* « Sie (Die Fideikommiss) erfreuen sich sogar einer gewissen Blüthe und alljährlich pflegt sich ihre Zahl durch Begründung neuer Majorate zu mehren ».

(2) Cf. *supra*, p. 250 et seq.

(3) *Supra*, p. 253.

(4) *Supra*, p. 258.

(5) Hager, *op. cit.*,

couches de la population où le fidéicommis est répandu, que les conséquences de notre institution ne sont pas aussi défavorables qu'on l'admet fréquemment. Que dans bon nombre de familles appartenant notamment à la noblesse allemande un fort esprit de cohésion se soit conservé jusqu'à notre époque, que même depuis quelque dix ans il ait été entretenu d'une façon particulière par des associations et des réunions de familles (Familienverbande, Familientage), c'est ce qui saurait être aussi peu discuté que les grands progrès que l'individualisme a faits en général parmi nous (1). »

Il ne suffirait pas à l'institution des fidéicommis de résister victorieusement à cette première catégorie d'arguments, elle serait condamnée si l'on pouvait faire valoir contre elle des motifs d'intérêt général.

Le développement superficiel des fidéicommis n'a rien de bien inquiétant et leur répartition du moins en général (2) ne peut pas être considérée comme dangereuse. Leur exploitation n'est pas inférieure à celle des biens libres (3) ; le chiffre moins élevé de « Grundsteuerreinertrag » qu'accusent les statistiques ne doit pas être interprété au désavantage des fidéicommis, il s'explique par le rôle que joue la sylviculture dans leur mise en valeur.

Si les fidéicommis rendent la propriété peu accessible aux ouvriers agricoles et alourdissent une ascension de quelques degrés sur l'échelle sociale, ils ne supportent

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 76.

(2) Cf. *suprà*, p. 264 et seq. Il est certain que bon nombre de districts ont trop de propriétés fidéicommissaires. Dans 33 « Kreise » de la monarchie prussienne, la propriété fidéicommissaire occupe plus de 20 0/0 de la superficie du Kreis. Dans le Kreis de Wernigerode, la proportion atteint 56,74 0/0 de la superficie, dans le cercle de Wittgenstein, 52,97 0/0. — Cf. *Zeitschrift des königlichen preussischen statistischen Bureaus*, 1897, p. 2.

(3) *Suprà*, p. 270.

pas seuls le reproche (1). De même que seuls ils n'accroissent pas les contrastes sociaux en en créant de très riches en face de très pauvres (2). Il n'est pas davantage à craindre que dans un pays de suffrage universel ils portent atteinte à l'indépendance des « humbles » (3) ; le Parlement allemand constitue une représentation de tous les intérêts économiques et sociaux des diverses classes de la population allemande et le prolétariat peut y faire entendre ses plaintes toujours intéressantes et souvent écoutées.

Le fidéicommiss ne pousse pas plus au népotisme que n'y peut pousser toute situation influente occupée par un citoyen dans l'État (4). Le crédit n'a pas plus à redouter l'institution du fidéicommiss que toute autre limitation légale du droit d'un propriétaire, là où les intéressés sont suffisamment avertis de la portée de leurs droits (5). Enfin le fidéicommiss ne peut pas porter atteinte aux sentiments égalitaires qui animent notre époque, dans la plus grande partie de l'Allemagne l'institution n'a rien d'un privilège (6).

Non seulement les fidéicommiss semblent résister victorieusement à toutes les attaques, mais encore divers avantages parlent en leur faveur. Ils assurent dans d'excellentes conditions, sans endettement la permanence des grandes exploitations en maintenant les biens dans les familles ; ils rendent de véritables services en matière de sylviculture et ne seraient pas éloignés d'en rendre au point de vue politique (7).

Malgré tout les fidéicommiss n'ont pas une « bonne

(1) *Suprà*, p. 272.

(2) *Suprà*, p. 273.

(3) *Suprà*, p. 275.

(4) *Suprà*, p. 277 et seq.

(5) *Suprà*, p. 271.

(6) *Suprà*, p. 198.

(7) Cf. sur tous ces points, *suprà*, p. 287.

presse », ou plutôt une « bonne littérature » (1) et l'opinion ne leur est pas favorable. C'est que le fidéicommiss qui résiste si bien à des arguments de droit résiste fort mal à des arguments de sentiment. Il n'est pas dans le sens de l'évolution égalitaire qui est la caractéristique de notre époque. Sans doute, en droit, il est accessible à tous, mais en fait, c'est une institution essentiellement aristocratique (2). N'est-il pas en contradiction avec l'idée moderne de l'égalité de tous devant la loi et n'est-ce pas un non-sens que ce soient les plus forts qui, dans la lutte économique, soient de par la législation le plus énergiquement protégés (3) ?

En droit, le fidéicommiss ne porte pas atteinte à l'égalité, mais les sentiments de justice de notre temps ne se trouvent-ils pas blessés de l'inégalité de situation faite aux enfants d'un même père ? Est-il admissible enfin que le bon plaisir de personnes ayant vécu il y a plusieurs siè-

(1) Dans le *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, M. Gierke leur a, il y a quelques années, prêté l'appui de sa haute autorité (Art. *Fideikommiss*). Depuis, M. Hager, dans son étude sur les fidéicommiss de famille (insérée dans la grande collection des *Staatswissenschaftliche Studien*, publiées sous la direction de M. le professeur Elster, t. 6), s'est également prononcé en faveur de l'institution modifiée. Dans le camp de ceux qui ne sont pas favorables aux fidéicommiss, on ne demande pas d'ailleurs leur suppression immédiate, mais simplement leur transformation progressive. Tel est le cas de MM. Miaskowski, Conrad, Buchenberger. C'était également l'opinion de v. Mohl et de Roscher, *Nationalökonomik des Ackerbaues*, 11^{te} Auflage, §§ 91, 95, 100.

(2) On a essayé en vain de créer des fidéicommiss paysans en Bavière et en Hesse. Les lois faites à cet égard sont restées lettre morte.

(3) « Es ist in der That schwer einzusehen, aus welchen Gründen auch heute noch ein weitgehendes Bevormundungssystem auf wirtschaftlichem Gebiete gerade für diejenigen Kreise nötig sein sollte, deren Angehörige vermögen ihrer Bildung desselben doch weit eher als andere Bevölkerungsschichten, entrathen können. » Buchenberger, *op. cit.*, p. 463.

cles serve de règle à la volonté des vivants (1) ? Enfin le fidéicommiss ne contribue-t-il pas à maintenir une distribution défectueuse de la propriété ? Est-il bien conforme aux intérêts de l'État moderne de favoriser une répartition aristocratique de la propriété foncière (2) ? C'était à ces divers sentiments qu'obéissait le parlement de Francfort lorsqu'il décrétait l'abolition des fidéicommiss.

Ce sont eux qui guident encore certains politiques actuels lorsqu'ils proposent la suppression de l'institution (3). Au mois de mai de cette année, la Chambre des députés prussienne était appelée à discuter la motion du député Gamp « sur les mesures à prendre pour remédier au manque de bras dans l'agriculture ». La commission chargée de discuter la motion avait proposé entre autres remèdes (n° 40) l'établissement méthodique de petits et de moyens propriétaires et de travailleurs agricoles dans des régions de grande propriété, sur les grands biens

(1) M. Gierke, *op. cit.*, fait remarquer que le reproche s'adresse également à la fondation. Mais la fondation a en général un but moins égoïste que le fidéicommiss, elle profite à un cercle moins restreint d'intéressés. On a pu rapprocher le fidéicommiss de la main-morte, mais c'est une main-morte égoïste. Cf. *suprà*, p. 249, note 3. Là où la fondation ne doit profiter qu'à une famille (Familienstiftung), elle se distingue encore du fidéicommiss en ce sens qu'elle doit servir également à tous les membres de la famille dans certaines conditions données.

(2) Buchenberger, *Grundzüge*, pp. 2, 20, 79.

(3) Politiquement, l'institution rencontre des adversaires dans tous les partis et dans toutes les classes (la noblesse exceptée). Cf. Gierke, *Art. Fideikommiss*, n. 12. Il est piquant de constater qu'un disciple de Karl Marx, M. Kautsky, n'est pas hostile au fidéicommiss (p. 200). Les fidéicommiss préparent les Latifundia modernes, pour lesquels l'auteur n'a pas assez d'éloges, *op. cit.*, 150, et les Latifundia modernes préparent l'avènement de la propriété collectiviste. L'auteur ne croit pas à l'avenir de la petite propriété et il a écrit à l'appui de sa thèse des pages fort intéressantes. Cf. chapitres VI et VIII. Cf. pour la critique de cette conception, Von der Goltz dans la *Zeitschrift für Socialwissenschaft*, numéro d'août 1899.

achetés et dépecés par les soins d'associations avec le concours de l'État (1). M. le député Hirsch au nom d'une fraction de la Chambre des députés (2) précisait cette partie du projet de la commission en indiquant les moyens qui, selon lui, devaient permettre une répartition nouvelle du sol; c'étaient le morcellement des Domaines et la suppression des fidéicommiss (3). Le parti attribuait une grande importance à l'addition faite au projet de la commission et y voyait un rapport étroit avec la question principale discutée (4). Après avoir rappelé les résultats de la statistique de 1895 sur les fidéicommiss et constaté qu'il y avait une répartition peu harmonique du sol (5), M. Hirsch montrait le progrès continu des fidéicommiss.

L'œuvre de concentration de la propriété se poursuivait et plus rapidement que le travail de dispersion. De 1891 à 1895, 178.000 hectares avaient été soumis au régime des fidéicommiss, pendant 13 années dans les provinces de Prusse occidentale et de Posen il n'avait été procédé qu'au partage et à la répartition de 146.000 hectares entre petits propriétaires (6)! Le fidéicommiss ne profitait qu'à la grande propriété, les moyens fidéicommiss étaient eux-mêmes de la grande propriété (7). M. le député Hirsch ne s'opposait pas à une simple réforme tant que la suppres-

(1) C'est ce qu'on appelle la colonisation intérieure (Innere Kolonisation).

(2) Parti libéral (Freisinnige Partei).

(3) Haus der Abgeordneten, 67, Sitzung, lundi 15 mai 1899, *Débats*, p. 2132, col. 1.

(4) Discours du député Hirsch, *Débats*, p. 2141, col. 2.

(5) 939 propriétaires de fidéicommiss détenaient 2.122.000 hectares du sol prussien, 1.810.000 hectares se trouvaient entre les mains de 3.235.000 propriétaires. *Débats*, p. 2142, col. 2.

(6) *Débats*, p. 2142, col. 2.

(7) « Denn um ein wirkliches Fideikommiss zu begründen, dazu gehören mindestens ein Paar tausend Morgen oder besser ein Paar tausend Hektar ». *Débats*, p. 2143, col. 2.

sion totale des fidéicommiss ne paraissait pas possible, mais il la voulait dans un sens qui limitât leur augmentation.

Ce n'était pas seulement en raison de la répartition défectueuse du sol que l'auteur de la proposition s'attaquait au fidéicommiss « mais aussi pour des motifs moraux, économiques et sociaux »... car il n'est pas tout à fait indifférent, que dans la famille, il ne s'en trouve qu'un pour avoir la jouissance exclusive de l'hérédité paternelle, les autres s'en allant à peu près les mains vides. Dans notre pays où en règle le droit successoral est égalitaire, où les parents aiment leurs enfants et les pourvoient d'une façon égale, on voit là-dedans une contradiction éclatante contre les conceptions juridiques et l'acquiescement général ne peut en aucune manière être acquis à cette inégalité (1).

La motion de M. le député Hirsch fut repoussée (2). On avait fait remarquer que les fidéicommiss, en empêchant le morcellement des biens à la suite de dévolutions héréditaires, répondaient à un besoin senti (3), on avait fait valoir que dans la propriété fidéicommissaire se trouvait « une grande étendue de notre beau domaine forestier allemand » (4), que sa répartition était des plus heureuses (5), que supprimer le fidéicommiss c'était enlever à la propriété foncière le moyen de se consolider et par là lui ôter toute signification au point de vue de la vie publique (6), or c'était dans ce but que, l'année pré-

(1) *Débats*, p. 2143, col. 2.

(2) *Débats*, p. 2151, col. 1.

(3) Discours du baron de Wangenheim, *Débats*, p. 2134, col. 1.

(4) Discours du député von Bockelberg, *Débats*, p. 2144, col. 4 ; discours du député Sattler, *Débats*, p. 2148, col. 1 ; discours du comte de Limburg-Stirum, *Débats*, p. 2148, col. 2.

(5) Même discours.

(6) Discours du député Graw, *Débats*, p. 2147, col. 1.

cédente, on avait voté la loi sur l'Anerbenrecht westphalien.

D'autres, tout en défendant l'institution, concédaient qu'elle avait besoin d'être réformée. D'aucuns faisaient remarquer que les éléments de la réforme se trouvaient dans la législation actuelle ; une plus saine appréciation de la part des Oberlandesgerichte des pouvoirs à eux conférés en matière de confirmation de fidéicommiss suffirait pour maintenir ceux-ci dans de justes limites (1). « D'après mon expérience, disait un député (2), les Oberlandesgerichte considèrent leur intervention en matière de confirmation de fidéicommiss parfois trop comme une simple formalité ; en disant les prescriptions légales une fois observées d'une façon générale le fidéicommiss est tout simplement confirmé. A mon avis, les hautes autorités judiciaires ne se font pas de cette manière une idée exacte de leur devoir, car c'est le droit de l'Etat — résultant du mot même « confirmer » — que non seulement les prescriptions de la loi se trouvent accomplies, mais aussi que les intérêts de l'Etat entrent en ligne de compte lors de la confirmation. » Et l'orateur proposait quelques modifications pour remédier aux pratiques signalées ; ce n'était qu'en dernière analyse qu'il se prononçait pour un remaniement de la loi.

M. le député Sattler trouvait l'approbation des nationaux-libéraux en rejetant l'idée d'une suppression des fidéicommiss et en se contentant d'une réforme de l'institution dans le sens indiqué précédemment par M. le vice-président du ministère d'Etat, ministre des finances von Miquel.

Le gouvernement promettait, en effet, de remanier les

(1) Discours du comte de Limburg-Stirum, *Débats*, p. 2148, col. 1, 2149, col. 1. Cf. Paul Hager, *op. cit.*, pp. 30 et 31.

(2) Comte de Limburg-Stirum.

fidéicommiss d'une façon profonde (1) et il signalait en gros par la bouche du ministre de l'agriculture, M. le baron de Hammerstein (2), l'orientation du projet de loi actuellement en cours d'études. Il voulait supprimer les inconvénients qui résultaient du droit en vigueur et de la pratique suivie jusqu'alors ; mais bien loin d'abolir l'institution il se proposait d'en étendre les bienfaits à la propriété moyenne. Le ministre de l'agriculture pensait que le projet serait en état d'être présenté au Landtag en l'année 1900.

En prenant l'initiative d'une réforme dans le sens de la suppression des inconvénients que l'expérience avait prouvés inhérents au fidéicommiss au point de vue politique, économique ou social, le gouvernement ne faisait que répondre au vœu général de tous les hommes compétents en la matière. Que la perspective de l'extension du domaine des fidéicommiss soit de nature à lui rallier l'unanimité des suffrages parmi les juristes et les économistes c'est ce qui semble beaucoup plus douteux.

Cette question de la réforme était en effet depuis longtemps agitée, par les uns avec l'arrière-pensée de ramener progressivement la propriété fidéicommissaire au droit commun (3) de la propriété, par les autres avec la pensée de rajeunir l'institution et de lui assurer encore une longue et fructueuse carrière (4). Les uns et les autres affirmaient une fois de plus ce tour d'esprit intéressant du législateur germanique peu soucieux des démolitions brusques avec leurs conséquences brutales, se fiant au cours des événements et des choses, se gardant de porter une

(1) Discours du ministre des finances. V. Miquel, *Débats*, p. 2136. col. 2.

(2) *Débats*, p. 2139, col. 1 et 2.

(3) Buchenberger, *op. cit.*, p. 464.

(4) Gierke, article du *Handwörterbuch*; Hager, *op. cit.*, p. 51.

main maladroite sur une évolution respectueuse des transitions (1).

M. Gierke (2), un des partisans fervents de l'institution des fidéicomis, désirerait voir le législateur entrer résolument dans la voie ouverte par la loi prussienne. Il faut constituer le fidéicomis en véritable propriété de famille. Au lieu de s'en tenir au seul principe de la fondation, qui donne aux morts toute puissance sur les vivants, il faut tenter une combinaison des principes de la fondation et de l'association corporative (Genossenschaft), où tout en respectant la volonté de ceux qui ne sont plus, on assure aux vivants la direction d'eux-mêmes. Le bien resterait aliénable, divisible, pourrait être hypothéqué, soumis au régime successoral de droit commun, et se transformer à volonté de propriété fidéicommissaire en pro-

(1) Cela résulte avec la dernière évidence du développement de l'Allemagne en ce siècle, de toutes ces Ablösungsgesetze qui ont permis de transformer la vieille Allemagne féodale en une Allemagne moderne et *très moderne*. Cela résulte encore de l'historique de la confection du Code civil. A ceux qui reprochaient à cet important monument législatif de laisser un champ trop vaste à l'activité des législations locales, M. le professeur Sohm répondait, résumant très exactement la pensée des auteurs du Code, qu'on ne saurait tout obtenir à la fois (Séance du 5 février 1896, 1^{te} 2^{te} 3^{te} *Berathung des Entwurfs eines B. G. B. im Reichstage. Stenographische Berichte*, Berlin, Guttentag, 1896, p. 99). Cela résulte enfin et d'une façon plus directe au point de vue qui nous occupe des Protokolle de la 2^e commission du Code civil (pp. 8787, 8979 et Protokolle de la 455^e séance). « Die Frage, ob die Vortheile oder die Nachteile des Instituts der Familienfideikomisse als überwiegend zu erachten seien, könne dahingestellt bleiben; von Standpunkt einer Kodifikation des in Deutschland geltenden Rechts aus sei die Beantwortung dieser Frage unerheblich... Ob die der Errichtung von Fideikomissen günstige Anschauung sich dauernd aufrechterhalten lasse, werde die weitere Entwicklung der politischen Verhältnisse in Deutschland zeigen; *in diese Entwicklung einzugreifen, sei nicht Aufgabe der Kommission* ». La première commission s'était montrée dans ses motifs beaucoup plus favorable à l'institution (Motive, p. 157 et seq.).

(2) *Handwörterbuch der Staatswissenschaft*.

priété libre ; mais tous ces actes, au lieu d'être de la compétence d'un seul individu seraient de la compétence de la famille corporativement unifiée. L'État n'aurait pas d'ailleurs à abdiquer ses droits, il devrait être armé des pouvoirs indispensables pour protéger l'intérêt général contre les intérêts de quelques familles (droit de confirmation, etc.).

M. Hager, autre partisan de l'institution et partisan décidé (1), frappé surtout des désavantages de la perpétuité du fidéicomis pour la famille elle-même, cherche le remède dans la proposition suivante. Le propriétaire du fidéicomis, 50 ans après la fondation, serait en droit de décider qu'à sa mort la propriété de vinculée deviendrait libre, en d'autres termes de prononcer la suppression du fidéicomis (2). La même faculté appartiendrait tous les 50 ans à chaque titulaire. Il paraît inutile à l'auteur d'imposer le renouvellement du fidéicomis à la suite d'une extinction *ipso jure* par le seul effet de l'expiration d'un certain laps de temps ; le titulaire qualifié pour décider n'aura à faire acte de disposition qu'autant qu'il voudra modifier l'état de choses existant. Le fidéicomis dont le titulaire aura décidé la suppression ne deviendra propriété alodiale qu'au décès de ce titulaire. M. Hager pense ainsi éviter les suppressions du fidéicomis en vue de satisfaire l'intérêt purement personnel du titulaire.

On a reproché, je crois, avec raison, à la réforme préco-

(1) A la page 52 de ses « Familiensfideikomisse » l'auteur écrit : « Nous ne nous opposons nullement à ce que, par un abaissement de la limite minima des fidéicomis, on les rende accessibles aux moyens et aux petits biens. » A la vérité, l'auteur ne se fait aucune illusion sur l'insuccès probable de l'extension, déjà tentée en vain ailleurs notamment dans le royaume de Bavière. C'est cependant, semble-t-il, une idée analogue que le gouvernement prussien se propose d'adopter. Cf. *suprà*. Contre l'idée d'une extension, Miaskowski, *op. cit.*, p. 82.

(2) Hager, *op. cit.*, pp. 47, 48, 49.

nisée par M. Hager d'être insuffisante (1). L'insuccès de la législation prussienne sur les Höferollen (2) montre qu'il est faux de faire dépendre la transformation d'un droit successoral en vigueur d'une déclaration du propriétaire du bien (3). M. Miaskowski (4) proposait avec plus de raison de laisser en matière de suppression de fidéicommis le soin de décider tous les 50 ans à certaines autorités fidéicommissaires dont il souhaitait la création à l'aide d'éléments empruntés aux familles intéressées et auxquels on adjoindrait des représentants de l'intérêt général. M. Miaskowski, comme M. Hager, s'inspirait de l'institution des « Entails » anglais que d'autres économistes (5) souhaiteraient de voir introduire directement en Allemagne.

D'après M. Conrad (6), le fidéicommis devrait s'éteindre au décès de son deuxième (7) titulaire à défaut de renou-

(1) *Archiv für öffentliches Recht*, 1^{er} cahier de 1899.

(2) Cf. *infra*.

(3) M. Hager pourrait peut-être répondre avec une certaine apparence de raison que la pratique des déclarations de dernière volonté est plus fréquente dans les cercles faisant usage des fidéicommis que dans les cercles paysans auxquels la législation des Landgüterrollen est applicable. Or l'Eintragung dans les Höferollen est à tort ou à raison envisagée comme une déclaration de dernière volonté (sans parler d'autres raisons qui s'opposent au succès de l'institution et sur lesquelles nous reviendrons).

(4) *Op. cit.*, p. 88.

(5) Le promoteur de l'idée est principalement Helferich. *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, année 1854, p. 123.

(6) Festgabe für Hanssen et partie économique de l'article *Fidéicommis* du *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*.

(7) En ce sens M. Elster à son cours d'après Hager, *op. cit.*, p. 48. Cette idée de la troisième génération se trouve également dans le Code saxon (§ 2539). Mais il n'y a pas extinction du fidéicommis *ipso jure* ; il faut le consentement des Anwärter. Et cette conséquence, résultant du droit commun des fidéicommis d'après le Code saxon, peut être écartée par une disposition du testateur ayant la ratification du souverain. Cf. *supra*, p. 244, texte et note 3. Cf. Lewis, *op. cit.*, p. 457.

vement du fidéicommiss de la part de celui-ci. C'est une idée à laquelle M. Buchenberger se rallie également (1). Les vues de réforme de ces divers auteurs ne portent pas seulement sur la durée du fidéicommiss, elles tendent également à modifier l'organisation de celui-ci sous divers rapports. Les auteurs recommandent à cet égard plus ou moins l'introduction dans les lois particulières des principes de la loi prussienne avec certaines extensions. Tous désirent un contrôle plus effectif de la fondation du fidéicommiss et des divers aspects de sa vie juridique. Le rôle des « Fideikommissbehörde » ne devrait pas se borner à la simple constatation de l'accomplissement des formalités prescrites. On aurait égard aux effets économiques des fidéicommiss, et la considération de ce but serait de nature à amener un remaniement dans la composition des autorités fideicommissaires (2). L'établissement d'un maximum de fidéicommiss rencontre également une adhésion générale (3). On exige également plus de latitude dans la possibilité de contracter des obligations exécutoires sur le fidéicommiss, dans la possibilité d'aliéner (4) principalement en vue de favoriser la colonisation intérieure (5).

(1) *Op. cit.*, pp. 464, 469 (Anmerkung).

(2) Paul Hager, *op. cit.*, p. 57. Adjonction à 3 membres de l'Oberlandesgerichte de 2 personnes connaissant à fond les conditions économiques du ressort de cette juridiction. « Ces juges profanes pourraient être désignés pour un temps déterminé sur la proposition des chambres d'agriculture ou des Landtage provinciaux par le Roi et devraient jouir de l'indépendance judiciaire de façon à ressembler à nos juges consulaires actuels », *op. cit.*, p. 57. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 88.

(3) Cf. Gierke, *Handwörterbuch*, *loc. cit.*; Paul Hager, *op. cit.*, pp. 38 et 59; Conrad, *Festgabe*, p. 300; Miaskowski, *op. cit.*, pp. 81, 82, 83. Ce maximum pourrait être fixé soit en valeur, soit en superficie, soit en revenu. M. Conrad fixe cette limite à 5.000 hectares.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 84; Hager, *op. cit.*, pp. 59 et 60.

(5) Hager, *loc. cit.*; Buchenberger, *op. cit.*, p. 465; Miaskowski, *op. cit.*, p. 86.

M. Miaskowski et M. Hager (1) recommandent encore l'introduction d'un régime rationnel de baux cherchant à concilier les intérêts également respectables des titulaires et des fermiers.

Ainsi modifié le fidéicommiss pourrait être appelé à fournir encore une longue carrière ; peut-être même gagnerait-il alors en extension ce qu'il perdrait en intensité (2). Jusqu'alors les tentatives faites pour l'étendre purement et simplement en dehors des cercles aristocratiques n'ont pas eu de succès. C'est l'histoire de ces tentatives qu'il nous faut rapidement esquisser.

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 85 ; Hager, *op. cit.*, pp. 44, 45-60 ; Mar, Exemple de l'Edit bavaïois sur les fidéicommiss.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 88.

CHAPITRE III

DES FIDÉICOMMIS PAYSANS.

§ 1. — Historique.

L'année 1848 avait montré la tranquillité et le calme avec lesquels une classe de paysans propriétaires (1) peut traverser les temps les plus agités. Les échauffourées badoises avait dessillé les yeux des plus aveugles en prouvant d'une façon trop évidente que le paysan prolétaire était un excellent ferment révolutionnaire. La tourmente passée on tira des faits les enseignements qu'ils comportaient ; il y eut dans l'art, la littérature, la politique un courant favorable au Bauernstand. Dans la littérature, tandis que Auerbach poursuivait avec succès la série de ses « Schwarzwælder Dorfgeschichten », Wilhelm Heinrich Riehl commençait la série de ses études d'économie sociales en accordant dans ses ouvrages au Bauernstand une place prépondérante (2).

Les excès de 1848 avaient amené une réaction partout en Allemagne et on estimait que pour en maintenir les résultats et prévenir le retour d'événements analogues à ceux qu'avait provoqués le contre-coup de la révolution de février il fallait avant tout s'appuyer sur un sain Bauernstand (3). C'était à ces idées que Riehl donnait un tour ori-

(1) Ce que l'on appelle le Bauernstand.

(2) « Die bürgerliche Gesellschaft » parue en 1851, « Land und Leute », 1853 et beaucoup d'autres ouvrages dont le succès est loin d'être épuisé.

(3) Ein gesunder Bauernstand. L'expression est comme stéréotypée,

ginal dans ses ouvrages ; il dépeignait les paysans sans les flatter avec leurs qualités et leurs défauts, les cataloguait (1), notait que les meilleurs eux-mêmes ne sont jamais contents (2) et insistait sur la nécessité d'un Bauernstand comme base de l'organisation politique. Pour cela il fallait auparavant le débarrasser de ses éléments impurs (3), contraindre à l'émigration le remuant prolétariat agraire, fortifier la partie saine du Bauernstand en lui assurant par des remembrements, des exploitations suffisantes pour faire vivre une famille (4). D'après Riehl le paysan ne pouvait rien comprendre à la sensibilité du droit successoral moderne qui distribue l'ensemble du patrimoine paternel également entre tous les enfants (5) de façon à ne faire d'aucun un véritable propriétaire. « Là où ne prédominent plus de véritables majorats paysans, tire-t-on du moins fréquemment au sort le bien entre enfants, de manière à laisser la propriété paternelle entière dans une seule main (6). » Cherche-t-on à s'opposer législativement à ces tiragès au sort ou à ces majorats que le paysan ne s'en tient pas moins fermement à ses coutumes, il y tient

elle revient sans cesse sous la plume et dans les discours de ceux qui veulent un droit successoral paysan spécial. Le 1^{er} livre de la *Bürgerliche Gesellschaft* de Riehl porte le titre caractéristique suivant : *Die Mächte des Beharrens* (les forces de la persistance), puis l'auteur passe à l'étude des paysans.

(1) Le 1^{er} chapitre de la *Bürgerliche Gesellschaft* édition de 1861, p. 67, est intitulé : *Der Bauer von guter Art* (le paysan de la bonne sorte). 2^e chapitre, *Der entartete Bauer* (le paysan dégénéré).

(2) 3^e chapitre, *Der Bauer und die Revolution*, p. 108. « Lorsqu'on interroge le paysan, il a toujours à gronder et à se plaindre ; on peut aussi peu l'en déshabituer que les loups de hurler (als den Wölfen das Heulen).

(3) *Op. cit.*, p. 137.

(4) Riehl, *op. cit.*, p. 139.

(5) *Op. cit.*, p. 67.

(6) Riehl, *op. cit.*, p. 67.

parfois jusqu'à l'immoralité (1), limitant le nombre de ses enfants pour éviter le morcellement de son héritage (2).

C'était à ce courant d'idées qu'obéissaient les gouvernements qui avaient été en 1848 le théâtre d'agitations révolutionnaires ou qui craignaient de le devenir dans la suite. Pour empêcher la pulvérisation du sol et éviter la formation de ce prolétariat rural sans attaches avec l'ordre social existant, on résolut d'étendre aux paysans le bénéfice d'une institution dont les nobles avaient jusqu'alors seuls profité (3). On pensait par là trouver un équivalent des garanties qu'offrait la *Gutsherrlichkeit* pour le maintien de la stabilité des exploitations rurales, garanties que la législation réformatrice de 1848 avait partout enlevées. Désormais il ne pouvait plus toutefois être question de contrainte ; on devait se contenter de faire appel au bon esprit des paysans.

La priorité de la réalisation de ces idées nouvelles appartient à la Bavière. Un projet de loi fut présenté aux États en 1851. Il se proposait de remédier au morcellement de la moyenne propriété, particulièrement actif dans certaines régions du royaume (4) et en même temps d'assurer le maintien dans la famille des biens acquis. Le moyen consistait à faire dépendre l'aliénation et l'endettement du bien de l'autorisation des parents, et à attribuer par succession le bien à un seul de ceux-ci (5). Aucune contrainte

(1) Riehl, *op. cit.*, p. 68.

(2) C'est ce que l'on appelle le *Zweikindersystem*.

(3) En fait surtout, car en droit le fidéicommiss n'était pas une institution noble (cf. *suprà*, p. 198), sauf en Bavière depuis 1818 et dans le grand-duché de Bade depuis l'introduction du *Landrecht* copié sur le Code civil français. D'ailleurs tant que le régime féodal fut en vigueur la *Gebundenheit* des biens de paysans se trouvait assurée par la loi.

(4) Nord-ouest du royaume. Régions franques.

(5) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 92 ; Baernreither, *Stammgüter-System und Anerbenrecht in Deutschland*, Wien, 1882, p. 9 (Déclaration du ministre d'Etat à la Chambre des députés bavaroise en 1852).

n'était imposée aux paysans, la création de ces biens (Erbgüter d'après la loi de 1855) était abandonnée à la volonté des propriétaires et dépendait d'un acte de fondation. La Chambre des « Reichsræthe (1) » fit bon accueil au projet qui échoua devant la Chambre des députés moins pour des raisons de principe que pour la structure législative défectueuse donnée à des idées assez unanimement admises (2). Il n'y eut qu'un point non discuté, celui de savoir si ceux auxquels on destinait la loi en feraient usage (3). Helferich en 1854 admettait à peine une réponse affirmative à cette question (4), encore n'était-ce qu'en considération des coutumes de transmission successorale qui s'étaient maintenues au Sud du royaume (5).

Le gouvernement bavarois semblait avoir plus de foi dans le succès, car en 1854, il soumettait un nouveau projet aux « Stænde » qui devint la loi du 22 février 1855 sur les *landwirtschaftlichen Erbgüter* (6). Cette loi n'était pas applicable au Palatinat bavarois (7).

L'exemple de la Bavière décida la Hesse. Un projet de loi sur les Erbgüter fut présenté aux États en 1857 en même temps qu'un projet de loi sur les fidéicommiss (8).

(1) Chambre des seigneurs.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 93; Helferich, *Zeitschrift für die Gesammte Staatswissenschaft*, année 1854, p. 136.

(3) Helferich, *op. cit.*, p. 137.

(4) Pour le Wurtemberg il niait résolument la possibilité d'une semblable législation. Aussi conseillait-il le système des entailles anglais qu'il trouvait d'ailleurs supérieur au système projeté des Erbgüter bavarois.

(5) Helferich, *op. cit.*, p. 138.

(6) Gesetz-Blatt, 1855, Nr. 10, p. 49. On la trouvera dans le très utile recueil de ces lois paysannes réunies par M. Frommhold sous le titre suivant : *Deutsches Anerbenrecht*, Greifswald, 1896, p. 87.

(7) Loi de 55, art. 1 et 35.

(8) Qui devint la loi du 13 septembre 1858 intéressante parce que c'est la dernière loi allemande supprimant la prohibition des fidéicommiss

Le gouvernement attendait de l'application de la loi un plus grand développement de l'agriculture, une prospérité plus générale, une vie de famille plus forte, une augmentation d'autorité pour les chefs de famille et un affermissement des éléments conservateurs. Le projet fut voté et devint la loi du 11 septembre 1838 (1) après une assez vive discussion à la Chambre des députés où il rencontra l'opposition d'une minorité considérable (2). Le législateur ne se faisait pas d'ailleurs grande illusion sur sa loi, il ne s'en promettait que de très lents résultats, il n'en attendait qu'une contribution au maintien de la coutume de la transmission intégrale, là où elle existait encore.

L'année précédente, le gouvernement de la Hesse électorale avait cherché à introduire une législation s'inspirant des mêmes principes, mais allant beaucoup plus loin dans l'exécution. On se proposait d'empêcher le morcellement de la propriété considéré comme nuisible à la productivité économique et à la stabilité sociale. A cet effet, tous les biens d'une contenance de plus de 200 « journaux » de Cassel et d'après un amendement de la première Chambre tous les biens sans distinction, pouvaient être déclarés indivisibles à perpétuité par leur propriétaire (3). En outre, tous les biens de 60 à 200 journaux étaient de par la loi déclarés « vinculés (4) ». Les aliénations de parcelles, les constitutions d'hypothèques ne pouvaient avoir lieu que du consentement des autorités et seulement dans des limites déterminées. Le propriétaire pouvait désigner un

éditée par la législation française au début de siècle. Cf. *suprà*, p. 193.

(1) Frommhold, *op. cit.*, p. 108.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 93.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 95.

(4) « Gebunden ». Pour désigner l'état de ces biens on emploie le mot Gebundenheit.

héritier, mais celui-ci ne devait prendre possession du bien qu'après acquiescement des autorités (1).

Les soultes à acquitter aux cohéritiers ne pouvaient pas dépasser la moitié de la valeur du bien dettes déduites et chacune d'elles ne devait pas être supérieure au 1/3 de la part *ab intestat* de chaque successible calculée d'après la valeur nette du bien. Ce projet, qui tenait si peu compte des idées nouvelles par le régime de contrainte qu'il imposait, fut accueilli avec satisfaction par la première Chambre, mais rejeté par la Chambre des députés (2). Un deuxième projet moins draconien subit le même sort.

Le gouvernement badois avait à la même époque aussi peu de succès dans ses projets de réforme. Le Landrecht contenait déjà une législation particulière des Hofgüter pour une partie de la Forêt-Noire (3) dont la caractéristique consiste dans une dévolution héréditaire spéciale du bien avec préciput au profit de l'héritier qui l'a recueilli (4). Cette législation n'apporte aucune entrave à la liberté de disposer du propriétaire ; il peut aliéner et hypothéquer *ad libitum*. Toutefois le morcellement de ces Hofgüter est interdit sans le consentement des autorités administratives (5). On résolut de remanier la législation de ces Hofgüter dans le sens de la loi bavaroise de 1855 et d'en étendre le domaine d'application au delà de la Forêt-Noire (6). Les motifs donnés étaient les mêmes que ceux fournis dans le royaume de Bavière ainsi que dans le

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 95.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 95 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 470, note 1.

(3) Cf. Landrecht badois, art. 827, c-d-e-f-g.

(4) Cet héritier est le Vorzugserbe. Voir *infra* à propos de l'Anerbenrecht.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, p. 94.

(6) Miaskowski, *op. cit.*, p. 94 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 470, note 1.

grand-duché de Hesse-Darmstadt et les troubles de 1848 constituaient dans la pensée du gouvernement un argument des plus décisifs. Toutefois il n'y eut du projet de loi qu'une communication officieuse aux autorités administratives et judiciaires chargées de donner leur avis. Le gouvernement n'osa aller plus loin en présence des vigoureuses protestations de l'opinion publique.

Dans le Mecklembourg-Schwerin l'ordonnance concernant la succession *ab intestat* des Bauerngüter des Domaines du 24 juin 1869 (1) permettait au titulaire du bien (2) d'en ordonner l'inaliénabilité pour une ou plusieurs générations ou de restreindre la faculté de l'hypothéquer (3).

§ 2. — Droit actuel.

A. — Bavière.

a) *Des personnes ayant qualité pour constituer un Erbgut.*
— Tout propriétaire ayant la libre disposition de son bien peut en faire un Erbgut (4). Le bien propriété commune

(1) Frommhold, *op. cit.*, p. 122.

(2) Ces biens sont détenus en Erbpacht (location perpétuelle) d'où l'importance de la réserve contenue dans l'article 63 de l'Einführungsgesetz. Il y avait une véritable impossibilité de construire l'Erbpacht mecklembourgeois avec les seuls principes du Code civil. Cf. Protokolle de la 2^e lecture, pp. 8968-8985.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 94. Il semble bien qu'après 1850 on eût en Wurtemberg l'intention de suivre le mouvement bavarois en matière d'Erbgüter. La pulvérisation du sol, le trop rapide accroissement de la population eu égard aux moyens de subsistance avaient produit une véritable catastrophe économique, c'était la réalisation des prédictions de Malthus. Mais le gouvernement ne donna pas de suite à son projet (Miaskowski, *op. cit.*, p. 97). Le développement industriel et commercial du royaume, une émigration particulièrement active permirent de remédier aux inconvénients qui résultaient d'un excès de population dans un pays exclusivement agricole.

(4) Loi bavaroise, art. 1, Baernreither, *op. cit.*, p. 9.

des époux ne peut faire l'objet d'un Erbgut que du consentement des deux conjoints (1).

Le survivant est propriétaire exclusif de l'Erbgut sans toutefois pouvoir en révoquer la qualité (2).

b) Objet. — L'objet de l'Erbgut ne peut être qu'un bien consacré à l'agriculture (3). Comme en matière de fidéicommiss la loi a fixé un minimum de valeur (4). Les immeubles destinés à revêtir la qualité d'Erbgut doivent payer un impôt foncier d'au moins 6 florins et être libres de dettes jusqu'à concurrence de la valeur correspondant à cet impôt foncier. Or comme la loi (5) décide qu'un Gulden d'impôt foncier représente une valeur de 800 Gulden, il s'ensuit que la valeur minima exigée est de 4.800 florins ou 8.000 marks (6).

c) Conditions de forme. — La volonté du constituant de l'Erbgut doit être consignée soit dans un acte public soit dans un testament privé (7). Il y a lieu ensuite à vérification documentaire de l'acte de fondation de la part de l'Amtsgericht du lieu où l'Erbgut est situé, puis à inscription de l'Erbgut dans l'Hypothekenbuch (8).

L'immeuble peut, lors de la fondation, être grevé de charges hypothécaires ; que faut-il décider dans cette hypothèse ? Elle a été prévue par la loi dans son article 4. Les créanciers déjà inscrits ont sous peine de forclusion à se faire inscrire sur l'Erbgut, les créanciers inconnus sont

(1) Art. 12, Miaskowski, *op. cit.*, p. 100.

(2) Art. 19.

(3) Argument titre de la loi et art. 1 (*landwirtschaftliches Grundvermögen*).

(4) Art. 1 et 2, Buchenberger, *op. cit.*, p. 472 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 101 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 10.

(5) Art. 1, § 2.

(6) Buchenberger, *loc. cit.*

(7) Art. 3, § 1.

(8) A partir de 1900, Grundbuch.

mis en demeure (1) de se faire connaître dans le délai de 3 mois, à défaut de quoi ils sont forclos. Il est à remarquer que ces charges ne doivent pas porter sur la valeur totale du bien ; car le minimum nécessaire pour la constitution de l'Erbgut ferait défaut.

d) *Effets de la constitution de l'Erbgut.*

α) Limitation des actes de disposition entre vifs.

Le titulaire de l'Erbgut a la qualité de propriétaire (2), mais c'est un propriétaire lié dans l'exercice de ses droits par ceux des Anwarter, appelés ici « Anerben ».

A) Le concours de ceux-ci est requis pour la validité de l'aliénation de parties du bien (3). En cas de refus injustifié des Anerben, il peut être suppléé au consentement de ceux-ci par autorisation de justice. Les aliénations faites sans le consentement des Anerben peuvent être attaquées à toute époque (4).

La règle de la nécessité du consentement des Anwarter en matière d'aliénation comporte des exceptions. L'une d'elles est particulièrement intéressante et paraît s'inspirer d'une disposition empruntée aux antiquités mêmes du droit des Germains.

α) Le propriétaire peut aliéner son bien lorsqu'il l'a en vain offert à ses Anerben (5).

(1) Par une Edictalladung.

(2) Art. 5.

(3) De même pour la validité d'un échange ou d'une dation en paiement. Art. 6. Il semble bien qu'on ne puisse pas aliéner totalement un Ergut avec le consentement des Anwarter quoi qu'en dise M. Baernreither, *op. cit.*, p. 10 ; l'article 6 de la loi ne parle que de « theilweise Veräußerung ». Mais le propriétaire de l'Erbgut peut arriver au même résultat en offrant son bien tout d'abord aux Anwarter. Le refus de ceux-ci d'acquiescer donne au propriétaire toute liberté d'aliéner ultérieurement le bien. Cf. *infra*.

(4) Art. 8.

(5) Art. 10, § 2. Cf. Baernreither, *op. cit.*, p. 10.

β) L'aliénation de l'Erbgut peut parfois être imposée par la loi (1) ; ex. : Expropriation.

γ) Est également permis l'échange de parcelles lorsque cet échange a pour but d'arrondir l'Erbgut à moins que l'étendue de celui-ci ne soit par là diminuée au point de ne plus pouvoir supporter 6 Gulden d'impôt foncier (2).

Dans tous les cas, sauf celui prévu sous α, le propriétaire doit, à défaut de destination contraire fixée d'accord avec les « Anerben », remployer en immeubles les sommes d'argent provenant soit de prix de vente, soit de soultes d'échange (3).

B) Ne sont également valables en règle que les charges à l'établissement desquelles les Anerben ont consenti (4).

Toutefois cette règle comporte aussi des exceptions. Le bien peut être engagé :

α) Pour la garantie d'une dette contractée en vue d'éteindre une dette hypothécaire grevant valablement l'immeuble (5).

β) Pour l'acquittement des soultes héréditaires dues par le propriétaire à ses cohéritiers.

γ) Le propriétaire peut encore engager le tiers de la valeur de l'Erbgut restant après déduction des deux sortes de charges précitées et du préciput qui lui est attribué en qualité de successeur au bien.

En dehors de ces trois cas, l'Erbgut ne peut être affecté au paiement des dettes contractées par son propriétaire qu'avec l'autorisation de la justice (6).

Pour toutes les dettes ainsi valablement contractées, on

(1) Miaskowski, *op.cit.*, p. 101.

(2) Art. 6.

(3) Art. 6.

(4) Art. 6.

(5) Cf. *suprà*.

(6) Art. 6, §§ 1 et 2.

peut procéder à une exécution sur l'Erbgut. Que faut-il décider à l'égard des dettes personnelles du propriétaire de l'Erbgut. L'Erbgut figure-t-il dans le gage des créanciers de celui-ci ?

Si l'on devait s'en tenir aux principes adoptés en matière de fidéicommis, il n'y aurait pour ces dettes d'exécution possible que sur les fruits (1). La loi est muette sur ce point, mais une solution précise résulte assez aisément de ses dispositions ; tandis que les articles 3 et 4 en prescrivant l'un une inscription de la qualité d'Erbgut dans l'Hypothekenbuch, l'autre une « Edictalladung » des créanciers non inscrits, donneraient à croire que le bien se trouve désormais soustrait au gage des créanciers personnels du titulaire de l'Erbgut, les articles 5 (2) et 28 imposent une autre solution. D'après l'article 5 de la loi en effet : « Le possesseur actuel d'un Erbgut en est le propriétaire et a tous les droits et obligations inhérents à cette qualité dans la mesure où la présente loi n'a rien décidé de contraire. » Or la loi est muette (3).

La pratique n'a pas eu à s'occuper de la question, la loi n'ayant eu, comme nous le verrons, aucun succès ; ses commentateurs sont d'avis que le droit commun des exécutions forcées est applicable aux Erbgiiter en matière de dettes personnelles de leurs propriétaires (4).

(1) Baernreither, *op. cit.*, p. 13.

(2) MM. Baernreither, *op. cit.*, p. 13 et Miaskowski, *op. cit.*, p. 107, parlent à tort de l'article 15.

(3) L'argument que MM. Miaskowski, *op. cit.*, p. 107 et Baernreither, *op. cit.*, p. 13, croient pouvoir tirer de l'art. 28, § 1, ne me paraît pas très probant. En voyant une cause d'extinction de la qualité d'Erbgut dans « la vente forcée de toutes les parties de l'Erbgut », cet article peut n'avoir voulu parler que de l'exécution résultant de dettes contractées dans les termes de la loi.

(4) Roth, *Bayrisches Civilrecht*, II^e partie, p. 597 ; *Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern*, Gesetz von 22 Februar 1855, Commentaire de Stein, pp. 17 et 39.

β) Transmission successorale de l'Erbgut.

L'Erbgut ne peut parvenir par succession qu'à un seul des Anerben (1).

D'après l'article 9 il y a 3 classes de successibles appelées dans l'ordre suivant :

1° Celle des descendants du propriétaire.

2° Celle de ses frères et sœurs germains et leurs descendants du premier degré.

3° Celle de ses frères et sœurs consanguins et utérins et de leurs descendants du premier degré.

Par descendants il ne faut entendre que les légitimes. Ces classes sont appelées à fournir l'Anerbe à défaut l'une de l'autre. C'est au propriétaire qu'il appartient de désigner l'Anerbe (2); à défaut d'une désignation de sa part c'est aux héritiers qu'il revient de le choisir (3). Ceux-ci ne peuvent-ils s'entendre qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de la loi très précises sur ce point (4); les Anerben non-propriétaires ont la préférence sur les Anerben propriétaires, les Anerben mâles l'emportent sur les femmes et dans la mesure où l'observation de ces prescriptions serait insuffisante pour assurer la transmission intégrale, c'est à l'âge de décider, le plus âgé des Anerben passant avant le plus jeune.

Le propriétaire de l'Erbgut ne doit se choisir de successeur que dans la classe de ses parents les plus rapprochés, mais il le peut en toute latitude. Un père pourrait désigner comme Anerbe une de ses filles, mais il ne pourrait pas désigner l'un de ses neveux.

Cette obligation de choisir l'Anerbe dans la classe des

(1) Art. 11.

(2) Art. 12.

(3) Art. 13, § 1.

(4) Art. 13. Cf. Baernreither, *op. cit.*, p. 11.

successibles la plus rapprochée comporte cependant exception :

1° En cas d'indignité (1).

2° Au cas où le plus proche est déjà propriétaire d'un immeuble (2).

3° En cas de renonciation (3).

L'Anerbe successeur a droit à un préciput d'autant plus fort que la parenté de ses successibles avec le défunt est plus éloignée. Lorsqu'il est un descendant du *de cujus* venant en concours avec d'autres descendants, son préciput est d'un tiers de la valeur nette du bien. Il a de plus droit à une part d'enfant sur les deux tiers qu'il doit payer à ses frères et sœurs (4). Lorsque l'Anerbe est un collatéral, 2 cas peuvent se présenter. Ou bien l'Anerbe se trouve en concours avec des descendants du *de cujus* (5) auxquels il doit alors payer intégralement les deux tiers de la valeur du bien, sans retenir de part d'enfant qui n'aurait plus ici aucun sens (6) ; ou bien l'Anerbe se trouve en présence de collatéraux et alors le total des soultes qu'il doit acquitter ne dépasse pas le 1/6 de la valeur nette du bien (7). L'Anerbe collatéral n'a même pas à payer ces soultes dans tous les cas. Le bien lui est-il attribué en vertu d'une désignation du *de cujus* qu'il n'a pas de soultes à payer à ses cohéritiers, aussi peu qu'au cas où le bien lui a été attribué entre vifs (8).

(1) Art. 9 et 25.

(2) Art. 13. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 109.

(3) Art. 9.

(4) Art. 14.

(5) Ce qui peut se présenter en cas de renonciation de ceux-ci à l'Erbgut. Cf. Baernreither, *op. cit.*, p. 11.

(6) Art. 15.

(7) Art. 17, § 3.

(8) *Uebergabesvertrag*. Dans ce cas le propriétaire de l'Erbgut a le droit de se réserver un tiers de la valeur nette du bien. Cf. art. 17 *in fine*.

Dans toutes les hypothèses la répartition des soultes a lieu par souches (1). La loi contient de très sages dispositions sur l'époque de l'exigibilité de ces soultes ; les échéances fixées par elle varient suivant le besoin présumable des cohéritiers. Sont-ils mariés ou établis qu'ils peuvent exiger le paiement des soultes un an après le décès du *de cuius* (2). Au cas contraire les soultes ne peuvent être exigées qu'après une dénonciation de 6 mois qui elle-même ne peut être faite moins de trois années après la majorité révolue de l'Anerbe ou moins de trois années depuis l'ouverture de la succession (3).

Ces soultes, les Anerben les recueillent en qualité de cohéritiers ; la dévolution de l'Erbgut ne constitue pas celle d'une masse à part sur laquelle le seul Anerbe successeur aurait des droits. Celui-ci a, selon les cas, la position d'un quasi-prélégataire ou d'un quasi-légataire selon qu'il prend ou non sa part dans le surplus de la succession du *de cuius* (4).

La transmission du bien à l'Anerbe peut avoir lieu entre vifs ; la loi de 1855 a prévu le cas (5), et a sagement fait de le prévoir. Nous verrons en effet ultérieurement combien les cessions de biens (Uebergabesvertrag) à titre d'attributions successorales sont fréquentes chez les populations rurales de l'Allemagne et particulièrement en Bavière. C'eût été une grosse lacune de ne pas prévoir l'hypothèse (6).

(1) Art. 96, § 1.

(2) Art. 24, § 1.

(3) Art. 24, § 1. Cet article est intéressant, il suppose une communauté de vie sur l'Erbgut.

(4) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 112, argument, articles 14 et 18.

(5) Art. 10, § 1.

(6) Tout ceci suppose que la loi ne procède pas d'une erreur initiale (sur laquelle nous aurons à revenir) qui a fait manquer son application. Cela n'empêche nullement d'apprécier la valeur de la construction dans ses détails. Sur les formes de cet Uebergabesvertrag, cf. art. 10 *in fine*.

Ces cessions de biens ne sont pas en général de pures libéralités, elles imposent certaines charges aux gratifiés, ce sont des donations onéreuses. Le plus souvent se trouvent stipulés une pension alimentaire au profit du ou des cédants (1), le paiement immédiat ou à terme (2) de soultes au profit des cohéritiers du cessionnaire. La loi de 1855 ne défend pas des stipulations de ce genre ; toutefois le législateur, ayant l'expérience des abus auxquels elles donnent lieu surtout en ce qui concerne l'Altenteil (3), a restreint la liberté de disposition des parties. Le montant des droits alimentaires à fournir par l'« Uebernehmer » ne doit pas dépasser 4 0/0 du tiers de la valeur nette du bien lors de la transmission (4).

Le cédant est en droit de fixer dans le contrat l'époque de l'échéance des soultes (5). Ces soultes sont incessibles avant l'échéance (6), mais produisent en revanche un in-

(1) Cette pension porte le nom d'Altenteil.

(2) Certain ou incertain, par exemple la mort du cédant.

(3) Les parents surchargent l'enfant auquel ils ont cédé le bien (Uebernehmer), de prestations trop nombreuses pour pouvoir être accomplies sans inconvénients par l'Uebernehmer. D'où des dissensions intestines auxquelles les parents cherchent à obvier en fixant en argent la valeur des prestations en nature pour le cas où ils croiraient avoir à se plaindre de leurs enfants. Ils vont ensuite vivre à la ville. Ce n'est pas une des causes les moins importantes de l'endettement de la propriété paysanne en Allemagne. C'est l'impression qui se dégage des nombreuses enquêtes successorales auxquelles on s'est livré en Allemagne dans ces dernières années.

(4) Art. 24 *in fine*. Indépendamment de cette charge l'Uebernehmer peut avoir à supporter celle résultant de réserves faites par le cédant. L'importance de ces réserves varie avec le degré de parenté des successeurs. En présence de descendants le cédant peut se réserver une part d'enfant sur les 2/3 de la valeur des biens restés libres après l'attribution du préciput (Cf. *suprà*, p. 317, art. 14 *in fine*). En présence de collatéraux il peut se réserver un tiers de la valeur nette du bien (Cf. *suprà*, p. 317, texte et note 8).

(5) Art. 21.

(6) Art. 22.

térêt de 4 0/0 (1) et donnent droit à une hypothèque sur l'Erbgut (2).

Nous avons vu (3) que l'Erbgut, propriété commune des deux époux, devenait la propriété exclusive mais vinculée du survivant. Lorsque l'Erbgut est la propriété d'un seul des époux le survivant a droit à l'administration et à la jouissance jusqu'à la majorité de l'Anerbe successible si celui-ci est un descendant (4) et jusqu'à son remariage dans tout autre cas.

e) Extinction de l'Erbgut.

Elle peut résulter :

a) D'une révocation du fondateur, toujours possible tant que des tiers n'ont pas acquis de droits (5) soit en vertu d'une transmission soit en vertu d'un contrat. L'inscription dans l'Hypothekenbuch de la qualité d'Erbgut ne rend pas impossible la révocation.

b) D'un accord de tous les intéressés (6), ou d'une aliénation faite du consentement de tous les Anerben.

c) D'une aliénation du bien faite par le propriétaire seul à la suite d'une offre infructueuse aux Anerben (7).

(1) Art. 23.

(2) Art. 27-20. Le cédant peut également prendre hypothèque sur l'Erbgut pour assurer ses droits.

(3) *Suprà*, p. 312.

(4) Art. 20, § 1. Cet article contient de plus une disposition intéressante. Il permet d'attribuer dans certaines conditions en cas de remariage du deuxième conjoint la co-administration et le co-usufruit de l'Erbgut. C'est permettre le rétablissement de l'*Interimswirtschaft* qui joue un rôle important dans le régime des biens de paysans. Le second époux peut même obtenir un droit aux aliments au cas où l'administration a passé entre les mains de l'Anerbe. Le tout a pour but de stimuler l'activité du deuxième conjoint. Pour plus de détails *vide infra*.

(5) Art. 38-30. Il faut rappeler que l'époux survivant devenu propriétaire exclusif de l'Erbgut ne peut pas le révoquer. Cf. *suprà*, p. 312.

(6) Art. 28-50.

(7) Art. 28-4.

d) D'une diminution de la valeur du bien au-dessous du minimum fixé par la loi (1).

e) Du défaut d'Anerben (2).

f) D'une vente forcée (3).

La qualité d'Erbgut ne peut pas s'éteindre par prescription lorsque l'Erbgut a fait l'objet d'une inscription dans le livre foncier (4).

B. — *Hesse-Darmstadt.*

Ayant exposé la législation qui donna l'impulsion en matière d'Erbgut nous pourrions nous contenter de mentionner ici les particularités de la loi hessoise.

L'objet de l'Erbgut doit représenter en Hesse une valeur nette de 15.000 Gulden (26.000 Marks) (5) ou avoir une étendue de 60 journaux (6); il doit former un tout cohérent (7) et être pourvu des bâtiments d'exploitation nécessaires, ou des moyens suffisants pour les édifier, en dehors du minimum légal de valeur ou d'étendue (8).

La loi hessoise exige pour la constitution de l'Erbgut, indépendamment de formalités analogues à celles prescrites par la loi bavaroise, la confirmation du souverain (9). Le titulaire en est le propriétaire avec tous les droits et obligations résultant de cette qualité (10), mais sous les restrictions qu'il doit subir du fait de la présence d'Anwärter, appelés par la loi hessoise également Anerben.

(1) Art. 28-2°.

(2) Art. 28-6°.

(3) Art. 28-1°.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 114.

(5) Buchenberger, *op. cit.*, p. 472.

(6) Art. 1 b. de la loi du 11 septembre 1858.

(7) Art. 1 c.

(8) Art. 1 d.

(9) Art. 4, § 3.

(10) L'article 10 de la loi est la reproduction quasi-littérale de l'article 5 de la loi bavaroise.

L'article 11 prévoit la possibilité d'une aliénation totale de l'Erbgut avec le consentement des Anerben. Les exceptions apportées à la nécessité du concours de ceux-ci sont les mêmes dans la loi hessoise que dans la loi bavaroise. La première permet toutefois en plus le partage de l'Erbgut en plusieurs Erbgiiter sans le consentement des Anerben lorsque chaque Erbgiit remplit les conditions de minimum fixées par la loi. Les autorités judiciaires n'ont qu'à constater la présence des éléments suffisants pour la formation de nouveaux Erbgiiter et à prescrire l'inscription de ceux-ci dans le Grundbuch (1).

La loi hessoise plus prévoyante que la loi bavaroise a prescrit formellement l'insaisissabilité de l'Erbgut pour dettes personnelles de son propriétaire (2) contractées sans autorisation des Anerben.

Les règles de la dévolution successorale sont les mêmes dans les deux lois. Le préciput se trouve fixé d'après des principes différents. Lorsque l'Anerbe appartient à la première classe (descendants), le propriétaire de l'Erbgut est en droit de lui attribuer à titre de préciput la totalité de la valeur du bien sur laquelle il peut disposer sans porter atteinte aux légitimes ; il doit dans tous les cas lui laisser la moitié de cette valeur (3), sans préjudice du droit pour l'Anerbe de prendre une part d'enfant sur l'autre moitié. L'Anerbe successible appartient-il aux deuxième ou troisième classes qu'il est tenu de payer en soultes aux héritiers du *de cuius* soit deux tiers soit un sixième de la valeur nette du bien selon que ses héritiers sont des descendants ou des collatéraux du *de cuius* (4).

(1) Art. 44.

(2) Art. 15. Miaskowski, *op. cit.*, p. 107 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 15.

(3) Art. 28.

(4) Art. 30.

L'Erbgut forme dans la succession une masse à part avec ses droits et ses obligations. Il n'est tenu que des dettes d'Erbgut (1). Il en est autrement d'après la loi bavaroise.

Les dispositions sur les cessions entre vifs d'Erbgut sont sensiblement les mêmes d'après les deux législations. Toutefois il est à remarquer que d'après la loi hessoise (2), l'époux survivant peut céder à l'Anerbe successible son droit d'administration et d'usufruit et se réserver un droit aux aliments, une sorte d'Altenteil.

Il n'y a pas de différence dans les causes d'extinction de la qualité d'Erbgut.

C. — *Mecklembourg-Schwerin.*

L'ordonnance mecklembourgeoise du 24 juin 1869 contient plutôt des règles de droit successoral dans le sens de la législation de l'Anerbenrecht (3).

C'est par disposition de dernière volonté que l'Erbpächter mecklembourgeois peut restreindre la liberté de disposition de son Anerbe successible. La loi ne s'applique pas à des propriétaires, mais à des locataires perpétuels (Erbpächter).

L'Erbpächter peut interdire et cela d'une façon absolue (4) l'aliénation ou l'engagement du bien. Cette interdiction ne porte-t-elle que sur la personne du successible immédiat qu'une inscription dans l'Hypothekenbuch suffit; doit-elle au contraire avoir effet pour plusieurs générations que la confirmation du souverain est nécessaire (5).

(1) Argument, art. 15 et 37.

(2) Art. 41, § 2.

(3) *Revidierte Verordnung betreffend die Intestaterbfolge in die Bauergüter der Domänen*, vom 24 Juni 1869, art. 12.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 104.

(5) Art. 12, n° 3.

§ 3. — Résultats de cette législation.

Ils ont été tels que l'esprit clairvoyant d'Helferich les avait prévus en 1854 dans l'intervalle des deux délibérations du projet bavarois. « Il est possible, écrivait-il (1), que le paysan règle ses affaires, comme le projet le lui prescrit, même avec sa liberté de disposition ; peut-être ne ferait-il pas aussi grande objection à une institution imposée par la loi..... mais que spontanément, il se soumette à de semblables restrictions, semble d'après les expériences faites invraisemblable au dernier point. » Le paysan ne veut plus être lié dans sa liberté de disposition après avoir goûté les douceurs de la liberté (2).

Pendant, on avait fait pour ne pas l'effaroucher toutes les concessions compatibles avec le but poursuivi. On avait sans doute imité l'institution des fidéicommiss (3), mais point servilement.

Sans doute, la loi prescrit l'inaliénabilité, l'indivisibilité de l'Erbgut, mais ces prohibitions ne sont pas, comme en matière de fidéicommiss, élevées à la hauteur d'un principe ne comportant que quelques exceptions. D'où en matière d'Erbgut le seul consentement des Anerben suffit pour faire tomber les restrictions ; il n'est pas besoin d'au-

(1) *Op. cit.*, p. 137.

(2) « Die Süßigkeit der Freiheit », *op. cit.*, p. 138.

(3) L'assimilation est faite par le projet de loi bavarois de 1854. C'est à tort que certains auteurs ont voulu rattacher les Erbgiiter aux anciens Stammgiiter (Baernreither par exemple). Ils en diffèrent au point de vue de l'origine (le Stammgut repose sur la loi ou la coutume, l'Erbgut sur un acte de fondation) des restrictions apportées au droit de disposition du propriétaire. Miaskowski, *op. cit.*, pp. 114 et 115. Si un rapprochement de l'Erbgut et du Stammgut est possible, c'est en considération du Stammgut moderne (le Stammgut hanovrien par exemple). Mais ce Stammgut moderne ne diffère du fidéicommiss qu'au point de vue historique. En fait c'est un véritable fidéicommiss ; il ne se maintient à côté du fidéicommiss surtout qu'en raison de motifs fiscaux.

torisation de justice ; et parfois même ce consentement des Anerben n'est pas nécessaire.

La structure de l'Erbgut répond en général à celle que beaucoup de bons esprits désireraient voir adopter pour le fidéicommis de l'avenir (1).

Cependant les populations rurales n'ont fait aucun usage de l'Erbgut.

En 1868, treize ans après l'entrée en vigueur de la loi de 1855, il y avait en Bavière trois Erbgüter (2). En 1872, un quatrième était fondé (3) ; sur ces quatre Erbgüter deux appartenaient à des citoyens qui voyaient dans l'Erbgut l'équivalent de fidéicommis dont l'érection constitue en Bavière un privilège nobiliaire (4). Le nombre de ces Erbgüter s'est réduit à trois (5). Ils couvraient en 1890 une superficie de 4729 hectares, ce qui donne à supposer d'après la remarque très juste de M. Buchenberger (6) que l'on ne se trouve pas en présence de propriétés paysannes. Dans le grand-duché de Hesse-Darmstadt il y a eu un cas d'Erbgut (7).

Ni l'avantage de l'insaisissabilité de l'Erbgut, sorte de homestead (8) avant la lettre, offerte par la législation

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 115.

(2) Baernreither, p. 13.

(3) Baernreither, *loc. cit.*

(4) Cf. *suprà*, p. 198. Cf. Helferich, *Zeitschrift des landwirthschaftlichen Vereins in Bayern*, 1883, p. 229.

(5) Stengele, *Die Bedeutung des Anerbenrechts für Süddeutschland*, Stuttgart, 1894, p. 20 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 470, note 1.

(6) *Loc. cit.*

(7) Stengele, *loc. cit.* ; Baernreither, *op. cit.*, p. 15.

(8) Quelques esprits ont également prôné le homestead en Allemagne mais sans grand succès. On voit avec défaveur cette institution étrangère qui aurait sans doute l'insuccès des « Erbgüter ». Le « Juristentag » réuni à Posen en 1898 s'est formellement prononcé contre l'introduction du homestead en Allemagne.

hessoise, ni la modération fiscale de la loi bavaroise (1) n'ont pu décider les populations rurales. C'est que la pensée juste en soi d'éviter un morcellement nuisible de la propriété paysanne et de maintenir les biens dans les familles, a reçu une exécution défectueuse (2). Il est mauvais de faire dépendre l'emploi d'une institution jugée nécessaire du libre arbitre d'un paysan naturellement routinier (3).

D'ailleurs, toute limitation apportée au droit du propriétaire dans le sens de la législation des fidéicommiss suppose un esprit de famille particulièrement développé. Que le paysan ne soit pas l'être exclusivement égoïste dépeint par certains adversaires de l'Anerbenrecht (4), c'est ce que l'on ne saurait nier, mais qu'il soit animé au plus haut point de cet esprit de famille, vanté par les partisans de l'Anerbenrecht, c'est ce que l'on ne saurait admettre davantage.

Il lui manque l'esprit de renonciation personnelle né-

(1) Art. 34. On a voulu parfois aller plus loin encore. Cf. Miaskowski, p. 118, note 75.

(2) On a voulu parfois attribuer cet échec à une absence de zèle des autorités qui n'ont pas suffisamment attiré l'attention des intéressés sur l'institution. Il semble bien cependant que cette sorte de « réclame » n'ait pas manqué. Cf. Helferich, *op. cit.*, p. 139. D'ailleurs comme le fait remarquer M. Miaskowski, *op. cit.*, p. 116, cette nécessité d'une intervention supérieure tendrait à prouver que l'institution répond peu aux besoins et aux vues des classes auxquelles elle est destinée.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 116 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 471.

(4) Cf. par exemple le discours de M. Brentano à l'Assemblée générale du *Verein für Socialpolitik* tenue à Vienne en septembre 1894. *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, tome LXI. Il y a toutefois une bonne part de vérité dans la description de Brentano. Elle se trouve confirmée par l'enquête bavaroise publiée par M. Fick. L'enquête successorale prussienne fait voir le paysan sous un jour plus favorable dans ses rapports de famille du moins tant qu'il n'appartient pas aux populations polonaises. Cf. par exemple, Dr. Félix Busch, *op. cit.*, pp. 44, 60, 61, 62.

cessaire (1), existant au plus haut degré dans les familles de noblesse. Les conséquences des manifestations de l'esprit de famille ne seraient pas d'ailleurs les mêmes dans les classes paysannes et dans les classes nobles. Ici les exclus du droit aux biens ont une compensation, l'importance de la fortune familiale permet parfois la prestation d'apanages qui pour constituer une « misère » eu égard à la fortune attribuée à l'héritier désigné n'en fournissent pas moins de suffisants moyens de subsistance ; là où la fortune est moins considérable les cadets trouvent un dédommagement dans l'avantage moral d'appartenir à une famille fortement assise, et l'éclat de la race qui rejaillit sur eux a parfois des résultats pécuniaires. Rien de semblable dans les familles paysannes ; ceux qui ne prennent pas leur part complète d'avantages matériels ne trouvent pas dans l'appartenance à une famille l'équivalent de la diminution de leurs droits patrimoniaux (2). Cette considération a pu jouer son rôle, quoiqu'elle n'ait pas été déterminante dans des populations peu imbuës d'idées égalitaires ; autrement impressionnante a dû être pour l'esprit du paysan la considération de vinculer son droit de disposition, de le faire dépendre du bon vouloir de ses Anerben, c'est-à-dire en première ligne de ses enfants. Le paysan qui dans tous les actes de sa vie se montre si jaloux de son autorité, qui parfois alors même qu'il a passé la main à d'autres se réserve des droits importants dans la direction du « Gut », qui pousse le souci de son bien-être personnel jusqu'à stipuler ces fortes Altenteile que l'Uebernehmer ne pourra pas payer, consentira-t-il à subir une tutelle dont son autorité de chef de famille si importante pour la vie rurale n'aurait qu'à souffrir ?

(1) Buchenberger, *op. cit.*, p. 471 et *Grundzüge*, p. 81.

(2) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 117.

Sans doute le Hof en tant qu'unité, ¹on pourrait presque dire en tant qu'individualité, tient une grande place dans les préoccupations du paysan, notamment du paysan bavarois du Sud ; il cherchera à en éviter le morcellement successoral et il y a jusqu'ici passablement réussi, mais il n'est nullement dit qu'il doive lui faire le sacrifice d'une bonne partie de sa liberté de disposition, sacrifice d'autant plus pénible qu'il n'en voit pas bien toutes les conséquences, d'autant plus difficile à consentir qu'il a apprécié, selon le mot de Helferich (1), les douceurs de la liberté et que le pénible souvenir de son ancienne dépendance n'a pas disparu (2). Comme le disait le baron de Schorlemer-Alst en parlant d'un paysan qu'il connaissait bien, le paysan Westphalien traditionnellement fidèle à la transmission intégrale de ses biens (Anerbenrecht) : « Le propriétaire paysan se considère comme le véritable seigneur et maître de la glèbe sur laquelle il entend, même avec la très ferme volonté de la maintenir indivisée et de la transmettre telle par succession, conserver extérieurement une liberté de disposition pleine et entière (3). »

Les restrictions apportées à la liberté de disposer entre vifs ont détourné le paysan de faire usage du droit successoral des Erbgüter qui cependant correspondait en Bavière assez exactement à ses coutumes (Anerbenrecht) ; l'union de deux éléments hétérogènes, le fidéicommis et « l'Anerbenrecht », n'a pas été favorable au dernier, elle a peut-être contribué à entretenir l'esprit de défiance du paysan bavarois contre l'introduction de tout Anerbenrecht légal.

Le nouveau Code civil allemand respecte cette législation des Erbgüter paysans. La réserve contenue dans l'ar-

(1) Cf. *suprà*.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 117.

(3) Cf. Buchenberger, *op. cit.*, p. 473 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 117.

ticle 59 de l'Einführungsgesetz en faveur des fidéicommiss en général s'étend aux Erbgüter (1).

(1) Cf. Protokolle, p. 8787-8979. « Durch den auf Familienfideikommisse bezüglichen Vorbehalt des Art. 35 (jetzt 57) (actuellement 59) würden auch das bayrische Gesetz, die landwirthschaftlichen Erbgüter betreffend, vom 22 Februar 1855 und das hessische Gesetz, die landwirthschaftlichen Erbgüter betreffend, vom 11 September 1858 aufrecht erhalten.

CHAPITRE IV

DE L'ALLODIFICATION DES FIEFS ET DE LEUR TRANSFORMATION EN FIDÉICOMMIS.

L'article 59 de l'Einführungsgesetz maintient une institution qui, historiquement, a joué un grand rôle, l'institution des fiefs. La réserve n'a pas une grande importance au point de vue pratique ; celle faite dans le même article au profit des fiefs allodifiés en a davantage. C'est la portée de ces dispositions de l'article 59 qu'il nous faut examiner. Cette étude nous montrera le bien de famille allemand sous l'un de ses multiples aspects ; elle se rattache assez étroitement à celle des fidéicomis, là où les fiefs, en général, ont un caractère familial très accentué, qui va s'affirmant encore dans les fiefs allodifiés à tel point que les lois modernes ont pu rattacher la suppression de ceux-ci à leur métamorphose en fidéicomis.

La constitution de l'Etat moderne a depuis longtemps rendu superflu le lien intime de fidélité qui donnait au contrat féodal son caractère particulier. Avec le développement de l'idée d'un rapport d'allégeance le même pour tous, la protection particulière conférée par le suzerain au vassal cessa d'être indispensable ; en suite des modifications apportées à la conduite de la guerre par l'apparition des armées de mercenaires les services spéciaux dus par le vassal à son suzerain, comme conséquence de la foi et hommage jurés, perdirent de leur côté toute signification. Comme on l'a dit « la soumission envers la puissance publique n'est plus un acte de volonté de l'individu, mais

la conséquence toute naturelle de l'organisation politique de la nation » (1).

Le lien personnel qui unissait les deux sujets mis en rapport par le contrat de fief a presque complètement disparu ; il ne joue plus un rôle que dans certaines pratiques du cérémonial de cour (2). Le droit n'a plus à régler actuellement que la base réelle du rapport existant entre le vassal et le suzerain et les conséquences que le caractère spécial du fief entraîne dans les relations du vassal et de sa famille.

Le fief n'est pas en effet un bien libre, il est vinculé à deux points de vue : au profit du suzerain, au profit des agnats du vassal. A ce dernier point de vue il se rapproche du fidéicomis, au premier il constitue une institution originale. Le suzerain ne s'étant pas dépouillé complètement de son droit sur le fief lors de la concession de celui-ci entend s'en réserver le retour pour lui ou les siens en cas d'extinction de la famille du vassal et le but à atteindre détermine le choix des moyens à employer ; le bien est lié dans l'intérêt du seigneur (3).

Les restrictions pesant sur les fiefs au profit de deux ordres d'intéressés donnaient aux biens qui y étaient soumis une immobilité critiquable au point de vue économique. Fallait-il notamment, pour assurer la garantie d'un droit dont la réalisation était très incertaine, celui du suzerain, soumettre pendant des siècles un bien à un contrôle dont le bénéfice éloigné et très problématique diminuait l'intérêt ? C'est sous l'empire de considérations de ce genre

(1) Gerber-Cosack, *op. cit.*, § 103, *in fine*. Cf. V. Otto, *Das Recht der Lehngüter in den Erblanden des Königreichs Sachsen*, Leipzig, 1888, p. 6.

(2) Gerber-Cosack, § 138 ; Otto, *op. cit.*, p. 45.

(3) C'est la seule justification de la *Gebundenheit* au profit du suzerain depuis la suppression des services féodaux.

que la législation des temps modernes a interdit la constitution de nouveaux fiefs et s'est efforcée de faire disparaître ceux qui existaient encore. On s'attaqua au droit éminent du suzerain.

C'est ce que fit pour la Prusse dès 1717 Frédéric Guillaume I^{er} (1). En raison de l'inutilité, au point de vue de l'organisation militaire, des fiefs relevant de la couronne, il les supprima, mais moyennant indemnité ; l'allodification était d'ailleurs ordonnée avec ménagements, elle ne devait être que progressive. Divers fiefs étaient exceptés de la mesure, notamment les « Thronlehen ». L'œuvre fut reprise au milieu de notre siècle et d'une façon fort complète par la loi du 2 mars 1850 qui supprimait dans toute l'étendue de la monarchie prussienne et, sans indemnité cette fois, le domaine éminent du suzerain. L'exception faite en 1717 en faveur des Thronlehen (2) se trouvait renouvelée.

(1) Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches*, t. I, p. 936. Gerber-Cosack, p. 227, note 4, cite comme un des premiers exemples d'allodification celle résultant dans la Prusse occidentale de la renonciation du roi Casimir (1476) de Pologne. La suppression de la législation des fiefs s'opérait au profit du droit de Culm déclaré applicable aux nobles comme aux bourgeois. Cf. Busch, *op. cit.*, p. 17. La renonciation du roi de Pologne eut son contre-coup dans les temps modernes ; il n'y avait pas de fiefs dans les Regierungsbezirke de Danzig et de Marienwerder. Stobbe-Lehmann, § 175, texte et note 15.

(2) Cf. sur les Thronlehen, Gerber-Cosack, *op. cit.*, § 138, texte et note 5 ; Dernburg, *op. cit.*, p. 937, texte et note 3. On entend par Thronlehen le fief que le vassal reçoit solennellement du souverain lui-même devant le trône. Sont Thronlehen entre autres, les trois principautés silésiennes de Sagan (conférée à la famille de Talleyrand-Périgord), d'Oels (conférée en 1785 aux ducs de Brünswick et à leur extinction en 1884 au Kronprinz de Prusse), de Troppau-Jägerndorf (princes de Liechtenstein), les fiefs médiatisés relevant autrefois directement de l'Empereur et de l'Empire (Wied, Wittgenstein, Krotoschin, depuis 1819 conféré à la famille princière de Tour et Taxis comme indemnité de son monopole postal). Ce transfert des droits de suzeraineté

Les fiefs ne perdaient pas par cette loi prussienne et par d'autres émises au cours de notre siècle (1), leur qualité de biens de famille. Le lien féodal est donc aboli actuellement en Allemagne (2), mais le droit féodal avec ses règles particulières subsiste encore, il s'applique dans les rapports des membres de la famille entre eux, car les droits des « Anwärter » ont été respectés. Le fief allodifié est toujours lié dans l'intérêt de la famille, c'est une façon de fidéicommis (3) ou quasi-fidéicommis.

C'est ce caractère que les lois modernes cherchent à lui enlever en facilitant sa transformation soit en fidéicommis,

de l'Empire n'allait pas de soi ; car la dissolution de l'Empire n'avait comme conséquence que la suppression de la suzeraineté, et l'effet de la médiatisation était de soumettre les membres de la haute noblesse qui étaient atteints par elle à une nouvelle *souveraineté* et non à une nouvelle *suzeraineté* (Cf. Gerber-Cosack, *op. cit.*, § 106, note 9).

Étaient également exceptés les *feuda extra curtem*. Dernburg, *op. cit.*, p. 937 ; Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 375. Cf. § 2, Nr. 1 de la loi du 2 mars 1850 ; loi du 5 juin 1852 (art. 2 et 3) ; Constitution prussienne de 1850, art. 40, 41.

(1) Sur la suppression de la suzeraineté dans les autres Etats de la Confédération germanique, cf. loi bavaroise du 4 juin 1848 (Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 477) ; loi wurtembergeoise du 8 octobre 1874 (exception pour les Kronlehen, Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 378) ; loi badoise du 9 août 1862 (Stobbe-Lehmann, *loc. cit.*). La suppression de la suzeraineté en Saxe est des plus curieuses. La patente du 23 août 1809 avait fait du roi à des titres divers le suzerain de tous les fiefs saxons. Par la déclaration du 22 mai 1872 le roi renonça à ses droits ; la loi du même jour prohibait la concession de nouveaux fiefs (Stobbe-Lehmann, *loc. cit.* ; Otto, *op. cit.*, p. 7).

(2) Sauf dans le Mecklembourg et dans la principauté de Reuss ligne aînée. Gerber-Cosack, *op. cit.*, § 138, note 4, *in fine* ; Schröder, *Rechtsgeschichte*, p. 778. Une autre exception est celle des Thronlehen, des Kronlehen dans divers Etats allemands (cf. notes, *suprà*), des Kronämter (c'est-à-dire des charges d'officiers de la maison du roi données en fief) en Bavière (Hoffmann, *Das Recht des Adels und der Fideikommiss in Bayern*, p. 60 et seq.). On peut également constituer de nouveaux Thronlehen. Dernburg, *loc. cit.*

(3) Gerber-Cosack, *op. cit.*

soit en propriété allodiale. Et cela, sans hostilité de la part du législateur allemand. Il ne voit pas en règle d'un œil défavorable la Gebundenheit des biens dans l'intérêt de la famille, et les fiefs n'y font pas exception. Ce qui le meut, c'est une pensée d'unité et de simplification ; la Gebundenheit du fief lui paraît mal construite. Celui-ci en tant que bien de famille (1), manque son but notamment par l'absence de principes successoraux en harmonie avec ses fins. Le droit des fiefs ne connaît pas de transmission intégrale (2) s'effectuant *ipso jure*.

La loi prussienne du 5 juin 1852 annonçait dans son article 2 des dispositions législatives ayant pour but la libération pour les fiefs existants du lien féodal (3). Depuis, une série de lois sont venues pour chaque province favoriser la libération promise, loi du 10 juin 1856 sur les facilités accordées pour permettre la transformation des fiefs en fidéicommiss dans certaines régions de la Poméranie ; loi du 4 mars 1867 supprimant toute entrave féodale dans ces régions ; loi du 23 juillet 1875 pour la Kurmark, l'Altmark et la Neumark (Brandebourg) ; loi du 3 mai 1876 pour la province de Westphalie et certains districts de la province du Rhin, loi du 19 juin 1876 pour la Silésie, loi du 16 mars 1877 pour la région soumise à l'application du droit provincial de la Prusse orientale, loi du 28 mars 1877 (4) pour la province de Saxe et de Brandebourg (Marches non comprises) (5), loi du 20 avril 1883 prolongeant de quelques années le délai fixé par la loi du 28 mars 1877 (6).

(1) Avec le sens qu'a le mot bien de famille dans les familles fortunées où l'institution s'applique.

(2) Gerber-Cosack, *op. cit.*, pp. 228, 554, 555.

(3) Dernburg, *loc. cit.* ; Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 376.

(4) Avec addition faite par la loi du 10 mars 1880.

(5) Pour lesquelles la loi du 23 juillet 1875 avait statué.

(6) Cf. sur tous ces points Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, pp. 376 et 377 ; Dernburg, *op. cit.*, p. 951 ; Gerber-Cosack, *op. cit.*, p. 228.

D'après la loi du 23 juillet 1875 (1) relative aux Marches du Brandebourg, le fief peut être transformé dans le délai de quatre années conformément à une décision de famille en propriété allodiale ou avec l'acquiescement des deux plus proches agnats en fidéicommis fonctionnant au profit des membres de la famille qui ont droit de succéder au fief. La présence de descendants du possesseur du fief a comme conséquence l'extinction du fief; celui entre les mains duquel le fief perd sa qualité, doit indemniser les « Anwärter » frustrés dans leur expectative. Il a le choix soit de faire du bien un alleu moyennant une soulte de 10 0/0 (2) de la valeur du bien déduction faite des dettes qui grèvent celui-ci, soit de le transformer en fidéicommis (3). Lorsque faute de descendance des possesseurs du fief, le bien doit passer à des collatéraux, il conserve sa qualité à moins de décision contraire de la famille. Cette disposition des lois sur la transformation du fief en tant que bien de famille a pour but de ménager les droits successoraux des parents en collatérale aptes à succéder d'après le droit des fiefs.

En Hanovre l'on se montra moins soucieux des droits des collatéraux; le vassal pouvait demander l'allodification du fief qui ne menaçait pas à sa mort de faire retour au seigneur et supprimer par là tous les droits de ses agnats sans indemnité. La première dévolution successorale s'opérait toutefois d'après les principes du Lehn-

(1) Nous ne prenons cette loi qu'à titre d'exemple.

(2) 5 0/0 d'après la loi du 28 mars 1877 pour la province de Saxe et le Brandebourg. Cette soulte grève le bien en qualité de droit réel. Dernburg, *op. cit.*, p. 952, note 9.

(3) Sur l'exigence d'un minimum de revenu dans ce cas cf. loi du 28 mars 1877. Sur tous ces points cf. Gerber-Cosack, *op. cit.*, § 138, texte et note 6; Dernburg, *op. cit.*, p. 952. Il y a une réduction des exigences ordinaires du fisc en matière de fidéicommis. Dernburg, *loc. cit.*

recht (1) (droit féodal). Les autres lois étaient en général plus respectueuses des droits des agnats (2).

La législation des fiefs proprement dits et des fiefs allodifiés est de la compétence de chacun des États de l'Empire (art. 59 de la loi d'introduction).

(1) Cf. sur tous ces points lois des 13 avril 1836, 19 juillet 1848, 24 janvier 1851. Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 377; Grossmann, *op. cit.*, pp. 172 et 173.

(2) Cf. Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, p. 377 et seq.

QUATRIÈME PARTIE

DE L'ANERBENRECHT

CHAPITRE PREMIER

§ 1. — Considérations générales.

La législation des Erbgüter a échoué et cet échec a montré qu'il ne fallait pas compter sur l'initiative du paysan allemand pour restreindre son droit de disposer. Il ne subira de restrictions que celles qui lui seront imposées (1),

(1) Tel est le cas pour divers États de l'Allemagne notamment pour la Saxe. Aux termes de la loi du 30 novembre 1843 qualifiée aux époques troublées de « coursier le plus écumanant au char de triomphe de la réaction » (das schäumendeste Ross am Triumphwagen der Reaction) (Buchenberger, *op. cit.*, p. 455), les Rittergüter et les biens clos (geschlossene Güter) situés sur le territoire des communes rurales ne peuvent pas, en principe, être réduits de plus d'un tiers. La loi est inapplicable aux autres biens (walzende Grundstücke et biens situés sur un territoire urbain). Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 127. La distinction des biens clos et de ceux qui ne le sont pas s'établit d'après la coutume (Gerber, *op. cit.*, § 77, texte et note 6). Le principe de l'indivisibilité des deux tiers comporte des exceptions dans des cas soigneusement déterminés par la loi (cessions en vue d'installations industrielles, de la construction de maisons d'habitation). Encore faut-il alors une dispense expresse de l'autorité (Amtshauptmannschaft). « Ces dispenses, dit M. Miaskowski, sont souvent demandées et très libéralement accordées. »

L'Anerbenrecht ne fonctionne pas en Saxe, le droit successoral du Code saxon est un emprunt à la législation romaine. Toutefois comme

le procédé débonnaire des invites légales ne semble pas devoir exercer une grande influence sur son esprit. C'est

en matière de règlement de succession il n'est pas dérogé au principe de l'indivisibilité, le bien ne peut être attribué le plus souvent qu'à un seul des enfants ou doit être vendu aux enchères. Nous avons donc raison de dire dans notre introduction (p. 6) que les lois en Saxe visaient plus au maintien des biens eux-mêmes qu'à leur conservation dans les familles. Cette législation a été l'objet d'appréciations diverses ; elle joue un rôle important là où d'après M. Miaskowski (*op. cit.*, II, p. 240) 70 à 75 0/0 de la propriété en Saxe se trouvent vinculés de cette manière. Reuning (*Mittel und Wege zur weiteren Förderung der sächsischen Landwirtschaft*, V. *Agrargesetzgebung*, Dresden, 1873), tout en désirant certaines modifications à la loi de 1843, était favorable à son principe qui puisait ses origines dans la distinction très ancienne des « geschlossene » et des « walzende » Gütern. Il lui attribuait l'heureuse situation économique de la Saxe. La population ne trouvant pas à s'employer entièrement dans l'agriculture s'était consacrée au commerce et à l'industrie et elle avait trouvé en retour dans une classe rurale aisée d'excellents débouchés pour ses produits.

Tous ne partageaient pas alors en Saxe l'avis de Reuning.

En 1869 et en 1873 une motion était faite à la deuxième Chambre saxonne en vue de l'abolition de la loi de 1843 ; mais elle était rejetée (Cf. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 130). M. Miaskowski après von Langsdorff (*Bäuerliche Zustände*, tome II, p. 207) lui était favorable en 1884, et n'était pas opposé à sa généralisation (*op. cit.*, p. 131). Plus récemment M. Buchenberger, en reconnaissant l'influence que la loi de 1843 avait exercée sur la constitution de la propriété paysanne en Saxe, doutait que la « Gebundenheit » de la propriété dans les régions fertiles du royaume correspondit à un besoin économique (*op. cit.*, p. 455). Nettement hostile à cette législation est M. le professeur Bücher de Leipzig (*Congrès du Verein für Socialpolitik*, tenu à Vienne en 1894) qui faisait remarquer avec raison que les grands Rittergüter s'étendaient jusqu'aux portes de Leipzig, rendant impossible la culture qu'appelle d'ordinaire le voisinage des grandes villes (culture maraîchère). Les produits de première nécessité proviennent de localité très éloignées. La prohibition de diviser a son contre-coup sur les mutations de propriété qui sont fréquentes ; les 24 0/0 des mutations seulement ont lieu dans la famille.

Comme Reuning, M. Bücher constate l'influence que la législation a eue sur le développement de l'industrie saxonne ; à peine 20 0/0 de la population sont adonnés aux travaux agricoles. Dans les régions industrielles on se trouve dans l'impossibilité de créer des habitations ou-

ce que nous aurons l'occasion de constater encore dans la matière qui va nous occuper désormais, celle de l'Anerbenrecht.

La réglementation de la dévolution successorale des Erbgüter reposait sur l'observation très exacte des pratiques de transmission héréditaire des classes auxquelles elle était destinée. Des rives de la mer du Nord aux confins du Tyrol autrichien s'étend une immense région, pays de plaines, puis de montagnes comprenant le grand-duché d'Oldenbourg, les provinces prussiennes de Hanovre, de Westphalie, de Hesse-Nassau, les principautés de Lippe, la plus grande partie de la Bavière où le paysan transmet son bien et les moyens de le faire valoir à un seul de ses héritiers. A l'Est et à l'Ouest de ce groupe à peu

vrières ; il ne peut être question que d'établir des cités ouvrières, or celles-ci sont loin d'avoir les avantages de celles-là (Cf. les débats du Congrès de Vienne dans les *Schriften du Verein für Socialpolitik*, tome LXI, p. 337 et seq.).

Les prescriptions de la loi badoise sur la Gebundenheit de certains Hofgüter de la Forêt-Noire se justifient beaucoup plus au point de vue économique. En raison des conditions climatériques de la région, le morcellement des biens ne présenterait que des désavantages. L'agriculture ne peut ici se maintenir qu'avec une répartition du sol comprenant de grands domaines. Comme la législation badoise a organisé une certaine forme d'Anerbenrecht nous l'étudierons *infra*, avec les quelques rares législations qui ont prescrit simultanément des restrictions à la liberté de disposer entre vifs et un certain mode de transmission successorale. Presque toutes ont des attaches importantes dans le passé et beaucoup doivent principalement leur origine à un motif que l'on ne saurait totalement réprouyer. On voulait éviter le dépeçage professionnel des biens (ce que l'on appelle la Gütermetzgerei) à redouter à la suite de la libération du sol des entraves féodales.

Au Sud de l'Allemagne, en Bavière et en Wurtemberg (où l'industrie des marchands de bien prit à une certaine époque les proportions d'une véritable calamité) on remédia au danger par diverses mesures (notamment en Bavière par des pénalités) (Buchenberger, *op. cit.*, p. 519).

Les lois prescrivant l'indivisibilité des biens ont été respectées par le Code civil (art. 119 de l'Einführungsgesetz).

près compact se trouvent d'importants ilots de cette même transmission intégrale. A l'Ouest ce sont les régions du Bas-Rhin, sur les frontières de la Hollande, de la Forêt-Noire badoise (du moins pour partie), du Wurtemberg oriental. A l'Est ce sont le Schleswig-Holstein occidental, le duché de Brünswick, la partie orientale du duché d'Altenburg, certaines parties de la Marche de Brandebourg et des provinces orientales de la monarchie prussienne (1).

Cette transmission a lieu le plus souvent en vertu de la coutume, rarement elle fonctionne d'une façon directe en vertu de la loi ; elle s'est même maintenue çà et là à l'encontre de celle-ci.

Cette question en apparence très simple, j'allais écrire inoffensive, de la transmission du bien à un seul est, ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans notre introduction, des plus âprement discutées à l'heure actuelle, en Allemagne. Le courant législatif est présentement plutôt favorable à la vieille coutume (2) ; les gouvernants y voient le moyen le plus efficace de créer une forte classe de paysans, jugée indispensable à la vie prospère du nouvel empire.

Le maintien du Bauernstand là où il existe, son raffermissement là où il est en voie de disparaître, son rétablissement là où il a disparu, tels sont les résultats divers escomptés de l'Anerbenrecht. Ces résultats, les principaux, ceux que nous avons mis en vedette (3), ne sont pas les seuls à prévoir et ne sont pas non plus les seuls prévus. C'est que le domaine de l'Anerbenrecht comme celui de

(1) Il y a çà et là des régions de partage égal plus ou moins étendues. Par ex. le Sud-Est de la province de Hanovre (ancienne principauté de Göttingue), le Sud de la province de Westphalie, toute la partie occidentale de la province de Hesse-Nassau.

(2) Cf. *suprà*, introduction.

(3) Cf. *suprà*, introduction.

toutes les institutions successorales dépasse l'ordre civil ; il s'étend à l'ordre économique, politique et social. En limitant le nombre des ayants droit à la terre paternelle, l'Anerbenrecht soulève le gros problème de la meilleure répartition du sol avec ses divers corollaires (1), celui non moins important des débouchés à offrir à ceux exclus de la continuation de l'exploitation paternelle. Quels effets peut-il exercer sur le développement du commerce ou de l'industrie, sur l'émigration, la colonisation ? N'a-t-il pas un contre-coup en matière de population ? Ne touche-t-il pas enfin à l'ordre moral si tant est que, selon les uns, il doive développer l'esprit de famille et la cohésion des membres d'une même race, et si tant est que, selon les autres, il jette le trouble entre enfants ou provoque les naissances illégitimes ?

Cette coutume de l'Anerbenrecht, qui tend progressivement à se transformer en loi, a une longue histoire. En revêtant dans les temps modernes la forme d'une loi, elle ne fait que reprendre celle qu'elle avait autrefois. Ça et là même l'Anerbenrecht légal actuel se rattache sans solution de continuité à l'ancien Anerbenrecht ; il n'a subi que les transformations rendues nécessaires par l'évolution moderne. C'est cette histoire de l'Anerbenrecht qu'il nous faut maintenant étudier.

§ 2. — Historique.

A. — *Des origines au XIX^e siècle.*

La question des origines de l'Anerbenrecht est des plus discutées entre partisans et adversaires de l'institution actuelle. Tandis que les uns cherchent à lui donner la patine d'un monument vénérable et bien national en la fai-

(1) Culture extensive ou intensive.

sant remonter aux antiquités mêmes du droit des Germains (1), les autres lui attribuent une origine exclusive-

(1) Je me contenterai de citer les paroles prononcées par le promoteur le plus ardent du mouvement de réforme actuel, M. de Miquel, ministre des finances prussien, lors de la discussion de la loi sur l'introduction de l'Anerbenrecht direct en Westphalie (séance de la Chambre des seigneurs du 16 février 1898. Verhandlungen des Herrenhauses, pp. 39 et 40). Après avoir parlé de l'ancien *limes* romain et de la ligne de démarcation qu'il établit en Allemagne entre la région du partage des Höfe et celle de leur transmission intégrale, le ministre poursuit : « De Düsseldorf à Ratisbonne tout ce qui se trouve au sud du *limes* relève du partage en nature, et tout ce qui est au nord est compris dans la transmission intégrale. On a précisément oublié que dans ces régions au sud du *limes* un droit urbain fut appliqué pendant 3 ou 400 ans par une autorité judiciaire romaine de haute culture ; que le *judex* romain n'eût aucune intelligence des Höfe allemands et de leur signification économique cela est évident, il a sans doute considéré ce droit comme un droit de barbares, de même que nous aujourd'hui nous considérons comme barbare le droit des nègres au Cameroun. Après 400 ans de notre domination là-bas, il ne restera plus sans doute beaucoup de ce droit nègre. » En deça du *limes* (Pfahlgrabe) il y a d'après le ministre certaines régions faisant exception à la règle, ce sont celles habitées par des populations d'origine thuringienne. Par contre le Saxon s'est adonné à la transmission intégrale avec une sorte de prédilection. « On trouvera qu'en général le Saxon est le véritable support du vieux droit successoral germanique » (der eigentliche Träger des altdeutschen Erbrechts).

Il y a dans ce discours la constatation très exacte d'un fait, le succès de la transmission intégrale en Niedersachsen (Hanovre et Westphalie actuelles). Mais l'explication donnée est un peu forcée. Il n'est pas exact de parler de la divergence des législations successorales germaniques. C'est ce que reconnaît un éminent historien du droit, M. Gierke, partisan lui-même de l'Anerbenrecht (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, année 1895, n° 223). M. Gierke ne nie pas le rôle important qu'a joué le régime féodal avec son Hofrecht sur la constitution de l'Anerbenrecht. Il se contente de faire remarquer que la constitution sociale des Germains et leur législation successorale (privilège de masculinité, absence de représentation) contenaient de précieuses amorces sans parler de l'influence de la *Gemeinschaft* sur laquelle nous reviendrons. Contre les origines germaniques de l'Anerbenrecht et avec énergie M. Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, Berlin, 1895, 1^{er} article, Die deutschrechtliche Begründung des Anerbenrechtes ; 2^e article, Die Entwicklung des Erbrechtes ; 3^e article, Die Natur des

ment féodale et en Allemagne comme ailleurs il est telles origines aussi compromettantes que dangereuses. Je ne

Grundeigentumes. Cf. également du même auteur, *Gesammelte Aufsätze*, t. I *Erbrechtspolitik, Alte und Neue Feudalität*, Stuttgart, 1899, p. 291, pp. 365, 366, 367, 405, 406, 407. Cf. également l'introduction dont M. Brentano a fait précéder le livre de M. Fick son élève, *Die bäuerliche Erbfolge im rechtsrheinischen Bayern*, Stuttgart. Cf. également l'ouvrage de ce dernier, p. 277 et seq.

La thèse de M. Brentano qui s'appuie beaucoup sur les travaux de Schulze (*Erstgeburt*) est la suivante.

Le point de départ du droit successoral immobilier en Bavière (M. Brentano s'occupe principalement de la Bavière où règne actuellement encore une très forte coutume de transmission intégrale s'exprimant dans des contrats de cessions de biens analogues à nos partages d'ascendants. Cf. Blondel, *Etudes sur les populations rurales de l'Allemagne*, Paris, 1897, pp. 43, 51, 55, 215 et seq.), semble avoir été la communauté de famille (*Hausgemeinschaft*). Et cette communauté d'après l'auteur n'a rien d'exclusivement germanique. Le jurisconsulte Paul (Digeste, L. 11 *De liberis et posthumis*, 28, II) voyait déjà dans la dévolution héréditaire des *sui heredes* moins une succession que la réalisation complète d'un droit préexistant de propriété (Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 81, p. 404). Le partage de cette communauté s'opérait en Bavière en cas de dissolution par parts égales attribuées aux fils seulement ; c'était là le privilège de masculinité (Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 405, Introduction de Fick, p. XIV). Dès le VII^e siècle en Bavière (*lex Bajuvariorum*) existe donc le partage égal entre fils et il ne saurait alors être question d'influences romaines. Ce privilège de masculinité n'a rien de spécial au vieux droit allemand. On le trouve chez d'autres peuples germaniques, en Suède au milieu du XIII^e siècle (Brentano, *Anerbenrecht*, p. 5 ; Wippermann, *Das Recht der Meier-Aemter, Officia villicationis*, Göttingen, 1859, p. 8) et même chez d'autres peuples non germaniques, les Celtes, les Slaves de l'ouest et du sud, les Russes, les Chinois (Brentano, *Anerbenrecht*, p. 5 ; *Gesammelte Aufsätze*, p. 5 et introduction, p. XIV). Il a laissé des traces dans le droit romain ; la loi Voconia n'était peut-être pas une innovation et l'introduction de la Nouvelle 118 en abolissant un privilège contraire aux mœurs témoigne de l'état de droit antérieur (Brentano, *loc. cit.*).

Ce privilège semble correspondre à une certaine étape de l'évolution juridique des peuples (Brentano, *op. cit.*). Dans certaines parties de la Bavière l'égalité de traitement était assuré aux sexes en matière de succession immobilière dès la fin du XI^e siècle et l'influence de l'Eglise n'était pas étrangère à cette transformation (Brentano, *Gesammelte Auf-*

crois pas que l'institution ait partout cette origine, mais elle n'aurait pas acquis la généralité d'application qu'elle a encore aujourd'hui sans l'influence de la féodalité.

M. Frommhold, un des auteurs les plus compétents en matière d'Anerbenrecht, semble disposé à admettre la transmission intégrale pour l'époque germanique elle-même. Voici l'argumentation de cet auteur (1) :

La propriété foncière avait en droit germanique une importance qu'elle n'avait pas en droit romain. Cela ressort des termes mêmes employés par les sources. C'est à cette importance de la propriété foncière que la législation successorale rendait hommage, en préférant à des degrés divers les mâles aux femmes en matière d'immeubles seulement, il est vrai ; mais l'importance de ceux-ci épuisait la succession (2). Par les femmes, la propriété eût pu passer dans d'autres familles. Or cette propriété immobi-

sätze, pp. 127 et 406). Le Landrecht de Louis de Bavière de 1345 appelle tous les enfants également à la succession de leurs parents.

L'esprit de famille germanique trouvait son expression dans l'égalité successorale et dans le Beispruchsrecht. L'aînesse est un produit féodal introduit avec peine en Allemagne sous l'action d'influences étrangères (Brentano, *loc. cit.*). Les seigneurs favorisèrent la dévolution successorale d'après l'Anerbenrecht pour éviter par un morcellement de l'exploitation des difficultés dans la prestation des services et des charges qui leur étaient dus (Cf. entre autres passages de Brentano, *Anerbenrecht*, p. 10 et *infra* nos explications).

C'est le mérite de M. Brentano d'avoir mis en relief le système successoral des *leges barbarorum* que l'on risquait de perdre de vue au milieu du lyrisme de certains partisans trop zélés de l'Anerbenrecht. Toutefois M. Brentano ne me semble pas avoir accordé aux influences économiques qui ont pu jouer un rôle dans le sens de la formation d'un Anerbenrecht une attention suffisante. Aussi son explication unilatérale de l'institution me semble-t-elle un peu incomplète (Cf. *infra* nos explications).

(1) *Beiträge zur Geschichte der Einzelerbfolge im deutschen Privatrecht*, dans les *Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte* de Gierke, année 1889.

(2) *Loc. cit.*, pp. 1, 2 et 3.

lière, base de la vie publique de la famille dans l'État, on cherchait à la garder. C'est à ce souci de conservation de biens dans la famille qu'il faut rapporter l'absence de testament chez les Germains et leur Beispruchsrecht.

Il est une conséquence du désir du maintien de la propriété de famille que l'auteur s'étonne de ne point rencontrer, c'est le principe de la transmission intégrale avec l'attribution exclusive du bien à un seul (1). Les dispositions successorales des lois germaniques sont au contraire profondément égalitaires ; il n'y a rien en elles qui de près ou de loin évoque l'idée d'un privilège d'ainesse (2). M. Frommhold croit cependant en trouver l'indication dans le chapitre 32 de la *Germanie* de Tacite. Cet auteur y parle des Teuctères, qui, en leur qualité de cavaliers de premier ordre, attachaient un grand prix au cheval de bataille et l'attribuaient dans les successions au fils le plus valeureux du *de cuius*. « Hi lusus infantium, hæc juvenum æmulatio, perseverant senes ; inter familiam et penates et jura successionum equi traduntur ; excipit filius non, ut cetera, maximus natu, sed prout ferox bello et melior. » D'après M. Frommhold le « ut cetera » désignerait toute la fortune du *de cuius* ; les Teuctères auraient donc connu la primogéniture. Il est, je crois, plus exact de ne voir dans le « ut cetera » qu'une désignation des objets ayant un rapport étroit avec le cheval de bataille, c'est-à-dire l'*Heergeräthe*. C'était celle-ci qui se transmettait d'après les principes de la primogéniture, en d'autres termes une partie de la succession mobilière (3). Tacite ne fait nulle part allusion à une primogéniture générale et il eût été étonnant qu'il ait indiqué d'une façon si laconique une coutume qui l'eût, en sa qualité de Ro-

(1) *Loc. cit.*, p. 11.

(2) Frommhold, *loc. cit.*, p. 11 et 12.

(3) Schulze, *Erstgeburt*, p. 203.

main, étonné au dernier point. Dans le fameux chapitre 20 où il caractérise les traits de la succession germanique, il pose sans restrictions le principe « heredes tamen successoresque sui cuique *liberi* » (1). M. Frommhold ne donne d'ailleurs son explication qu'avec réserve (2) et concède qu'il n'y a pas de règle générale.

Il cherche l'éclaircissement de la contradiction qu'il trouve entre l'importance que le droit germanique attachait à la propriété immobilière et son droit successoral sur un terrain où nous sommes plus disposé à le suivre.

Nous avons montré au début de nos études l'importance qu'il fallait attacher à la communauté de famille. Par là est ouverte la voie de conciliation entre les principes opposés qui semblent avoir guidé le droit successoral germanique, la conservation des biens dans la famille et l'égalité des droits successoraux (3). La communauté permettait de mieux vivre ; les difficultés qui pouvaient naître étaient résolues rapidement soit à l'amiable, soit de force ; d'ailleurs l'étendue du sol libre non défriché permettait toujours au membre mécontent de la communauté de quitter le toit paternel pour aller s'établir ailleurs.

(1) Schulze, *loc. cit.* M. Frommhold invoque encore, à l'appui de son opinion, l'indivisibilité du Hantgemal et la succession spéciale qui en était probablement la conséquence, l'art. 29 du Landrecht de Juliers, § 1, et un acte de partage de Hermann d'Altendorf. Mais le Hantgemal était une institution spéciale et, somme toute, peu répandue ; d'ailleurs, on ne saurait le faire remonter directement aux lois germaniques. Cf. au surplus ce que nous en avons dit, *suprà*, p. 104. Quant aux deux sources invoquées, elles prouvent peu pour l'époque (le partage d'Hermann d'Altendorf est de l'année 1291). Il ne serait d'ailleurs pas déterminant. Hermann veut éviter après sa mort des difficultés entre ses enfants de différents lits. Une coutume de primogéniture fortement assise rendrait le partage inutile.

(2) *Loc. cit.*, p. 15.

(3) Cf. Frommhold, p. 16 et les sources citées *suprà*. M. Frommhold fait de plus remarquer que les formules de partage sont peu abondantes dans les recueils, p. 17.

Ce fut cette communauté que saisit le régime féodal, il importait que la Hausgemeinschaft et le Hof qui lui servait de base fussent représentés à l'égard du seigneur ; ils l'étaient en général déjà avant les modifications apportées au régime des tenures, cela devenait désormais une nécessité. Tantôt l'on donna satisfaction à ce besoin de représentation sans que le contre-coup s'en fit sentir sur le régime interne de la famille elle-même, le représentant était *primus inter pares*, il présidait la famille plus qu'il ne la dirigeait, tantôt ce droit de représentation se transforma en un droit de propriété exclusif du représentant.

Là où la première idée domina, rien ne s'opposa au partage en nature du Hof (1), lorsque la communauté venait à se dissoudre (2), là où la seconde reçut accès put naître l'Anerbenrecht (3). Le partage en nature (Realtheilung) et la transmission intégrale des immeubles (Anerbenrecht) ont un point de départ commun, la communauté paysanne

(1) Cf. Gothein, *Festgabe für Karl Kuies*, Berlin, 1896, p. 252. *Agrarpolitische Wanderungen im Rheinlande*. Brentano, *Anerbenrecht*, p. 25.

(2) Il ne semble pas que cela se produisit tout d'abord fréquemment. On trouve aujourd'hui encore en Allemagne dans les régions de partage égal (Franconie, Province rhénane) ces communautés de famille (Kommunhausungen). Ce sont les vestiges parfois encore très vivaces d'une institution autrefois très générale. Comme l'a dit M. Gierke, « ces ruines du temps présent ne peuvent que donner une faible image de la propagation et de la force de cette communauté paysanne » (N° 223 de la *Beilage zur allgemeinen Zeitung* de 1895). Cf. nos observations *suprà*, sur la Gesamteigentum. De ces Kommunhausungen allemandes, on pourrait rapprocher nos communautés familiales françaises existant encore aujourd'hui dans bon nombre de régions de la France et qui autrefois ont été très répandues sous le nom de sociétés taisibles. C'est à cette pratique des communautés que se réfère le passage d'Otto de Freising (*Monumenta Germaniæ historica*, t. XX, pp. 412 et 413, *Vita imperatoris Friderici*), « Mos in illa, etc... » M. Brentano y voit à tort, semble-t-il, une preuve de l'établissement de la primogéniture (Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, pp. 367 et 408).

(3) Gothein, *loc. cit.*

(Hausgemeinschaft). C'est cette double évolution qu'il nous faut voir maintenant avec quelques détails.

Étudions d'abord les origines probables de la Realtheilung. Il semble qu'au début les décisions du Hofrecht aient été des plus uniformes à l'égard des Bauerngüter. Les documents relatifs aux régions où la Realtheilung est actuellement le plus développée s'accordent avec ceux des régions où fonctionne aujourd'hui la transmission intégrale. La forme type de l'organisation féodale était partout la même, c'était celle de la villication (1) (Hufenverfassung), mais elle ne fut pas partout maintenue avec la même sévérité. Le partage des biens de paysans fut pratiqué de bonne heure dans les régions de la Moselle et du Rhin, cela fut nuisible à l'institution de la villication qui sans disparaître complètement (2), ne pouvait cependant plus jouer un rôle important. Ce qui favorisait le mouvement c'était la répartition des divers éléments des biens libres et des manses serviles les uns à côté des autres sur le territoire de la commune (3). Il y avait là un motif suffisant pour que le droit plus avancé des uns passât aux autres (4).

(1) Lamprecht, *Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter*, Leipzig, 1886, p. 667. Sur la villication, cf. ce que nous en dirons à propos des origines de l'Anerbenrecht proprement dit.

(2) « Noch bis zur Revolution, dit M. Gothein, *op. cit.*, p. 247, hat mehr als die Hälfte des Grundeigentums in hofrechtlichem Verbande gestanden. »

(3) Il y avait une « dispersion des propriétés ». Cf. sur la distinction à faire entre la division de la propriété, le fractionnement parcellaire et la dispersion des propriétés, de Foville, *Le morcellement*, Paris, 1885, p. 4.

(4) Gothein, *op. cit.*, p. 247. La cohésion des biens facilite la transmission intégrale ; le système des Höfe isolés favorise l'Anerbenrecht. Cf. Buchenberger, *op. cit.*, p. 381. Aussi tous les partisans d'une extension de l'Anerbenrecht n'attendent-ils de résultats qu'autant qu'un remembrement préalable aura été opéré. Il a été entrepris avec un grand succès dans la région rhénane. Beaucoup plus efficace, mais aussi beaucoup plus compliquée est la Vereinödung qui consiste à dis-

D'autre part les biens d'un paysan avaient juridiquement des qualités différentes(1) ; le droit qui régissait les biens variait selon l'immeuble, et il ne semble pas que les seigneurs cherchassent à restituer en force à la législation ce qu'elle perdait en étendue. Sans doute ils se montraient parfois (2) défavorables au morcellement, mais assez mous dans le maintien des prohibitions qu'ils édictaient pour le prévenir(3).

C'est qu'ils trouvaient une garantie suffisante de leurs droits dans l'institution d'une « empfangende Hand » d'un Vorträger (4), chargé à l'égard du seigneur de la

tribuer en Höfe isolés un territoire appartenant jusque-là à des habitants groupés en village. Des Vereinödungen restées célèbres sont celles entreprises à la fin du moyen âge sur le territoire de l'ancien archevêché de Kempten dont Heinrich Dietz s'est fait l'historien autorisé (*Geschichte der Vereinödung im Hochstift Kempten*, Kempten, 1865). Il faudrait d'ailleurs se garder de croire que l'Anerbenrecht ne fonctionne exclusivement que dans des régions à Höfe isolés.

(1) Gothein, *loc. cit.*

(2) Par exemple le Weistum de Mühlheim (près Bonn) prescrivait aux paysans de compléter avec leurs biens qu'ils possédaient en propre les diminutions qu'ils avaient, par leurs aliénations, fait subir aux tenures. Le morcellement n'est pas directement interdit.

(3) Dès le XVI^e siècle, il suffisait dans la région de Bonn, pour la validité de l'aliénation ou du partage d'une tenure, d'une communication au plus proche Hofding. Gothein, p. 250. Cet auteur n'a trouvé dans la région qu'un seul cas de Geschlossenheit, pour les terres relevant de l'abbaye d'Essen à Godesberg, encore y a-t-il là probablement une importation westphalienne, *loc. cit.* Cf. Wygodzinski, Enquête Sering, *Oberlandesgericht*, Köln, p. 96.

(4) Ou « Prinzipal des Gutes ». Gothein, *op. cit.*, p. 251 : Wygodzinski, p. 97, « Hauptmann » ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 381. Cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 415, texte et note 1 (source empruntée au *Codex diplomaticus* de Gudenus, p. 63. « Ita sane, quod predicti census solutio non in plures erit dividenda ; sed ille ac solus integrum tenebitur solvere census, qui fuerit inter heredes major natu. . . »). Cf. Brentano, *Anerbenrecht*, p. 25 ; Heusler, *Institutionen*, t. II, p. 186, 187 ; Hirsch, Enquête Sering, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 20 ; Holzapfel, Enquête Sering, *Oberlandesgericht*, Cassel, p. 60. Cf. l'introduction

prestation régulière des services et des charges. Le seigneur n'exploite pas ou du moins fort peu par lui-même (1); son domaine n'a que peu d'étendue et n'exige pas ces nombreuses corvées d'attelages nécessitant l'entretien de beaucoup d'animaux de trait qu'un grand Bauergut, à cette époque surtout, est seul en état de fournir (2). Ses ressources consistent principalement en redevances fournies par les tenanciers (Zins Kurmede); pour en assurer le paiement il suffisait de désigner un collecteur responsable, ce collecteur c'était le Vorträger (ou Träger) (3). L'institution se trouve déjà mentionnée dans une source de 1102 (4) où il est dit : *ut senior suæ stirpis per subse-*

de Sering à l'Enquête successorale sur l'Oberlandesgerichtsbezirk de Hamm, p. 2.

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 96.

(2) Les nobles sur le Rhin n'avaient pas de possessions étendues, de même sur le Mein et sur le Neckar. Ils avaient en revanche d'importants droits seigneuriaux (Gothein, *op. cit.*, p. 256 et les exemples cités). Leurs propriétés n'étaient pas d'un seul tenant; « einige Wiesen am Schlosse und einige versprengte Ackerparzellen auf der Feldflur », dit Gothein, p. 257. Les biens ecclésiastiques si nombreux dans la région (quoique les souverains ecclésiastiques eussent pris de sérieuses mesures en vue d'empêcher le dépouillement des familles, cf. par exemple pour l'électorat de Cologne, l'Amortisationsgesetz du 1^{er} mars 1728, Maurenbrecher, *Die rheinpreussischen Landrechte*, I, Bonn, 1830, p. 460) étaient en général plus étendus; toutefois leur exploitation en faire valoir avait cessé de bonne heure (Wygodzinski, *op. cit.*, p. 96; Gothein, *op. cit.*, pp. 257 et 258). Ils étaient affermés; mais leurs tenanciers avaient en général peu de droits à l'égard des paysans en échange de bon nombre d'obligations (Gothein, *loc. cit.*).

(3) Ce Träger était en général le détenteur de la plus grande parcelle du bien morcelé (Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II, p. 187 et la 2^e citation de Grimm à la note 1). Comme la plus importante des redevances à payer était celle du cens (Zins), l'on désignait ceux sur lesquels le Träger devait recouvrer les diverses quotes-parts du nom d'Einzinser (d'où le nom d'Einzinserei, donné parfois à l'institution).

(4) *Urkundenbuch zur Geschichte der mittelhheinischen Territorien*,

quentes generationes hoc debitum a reliquis (1) *acceptum ad altare S. Salvatoris annuatim deferat*. Çà et là se rencontrait une obligation (2) solidaire de tous les titulaires de parcelles (Gesamthftung).

Il était parfois de l'intérêt des seigneurs de pousser au morcellement (3). « Là où le domaine éminent du seigneur se traduisait plutôt en une mise en valeur des hommes le morcellement des Höfe ne présentait que des avanta-

herausgegeben von Beyer, Koblenz, 1860, t. I, n° 405. Cité par Heusler, *loc. cit.*

(1) Il s'agit d'une redevance de cire à acquitter à l'abbaye de Prüm.

(2) Gothein, *op. cit.*, p. 256. C'était à une solution analogue que l'on s'était arrêté en France. On avait proclamé l'indivisibilité du cens (Sur l'analogie de l'évolution française et de l'évolution de l'Ouest et du Sud de l'Allemagne, cf. Buchenberger, *op. cit.*, p. 381). Dès le XIII^e siècle on pratiquait en France la Naturaltheilung. Cf. Viollet, *Histoire du droit français*, p. 840. « Dans les concessions non nobles, fiefs roturiers ou censives, le besoin d'avoir affaire à une seule personne et non à plusieurs se fait sentir aussi vivement que dans les tenures franches. Nous rencontrons en effet des suzerains qui stipulent que le censitaire pourra vendre ou léguer son droit à qui il voudra pourvu que ce soit à une seule personne ; d'autres qui stipulent que le fils aîné du preneur possédera seul les biens « ita ut semper maneant indivisa apud unum ». Toutefois ces procédés n'ont pas triomphé en France pour les tenures roturières. Un système tout différent a prévalu ; on a proclamé l'indivisibilité du cens ; chaque ayant cause du tenancier primitif est donc tenu pour le tout. L'indivisibilité du cens ou de la rente et le droit d'aînesse, dérivent d'une même préoccupation, d'un même besoin, la sûreté du seigneur foncier. »

C'est une des réponses à fournir aux partisans de l'Anerbenrecht qui opposent à ceux qui insistent sur l'origine féodale de l'institution l'argument suivant ; si l'Anerbenrecht a une origine exclusivement féodale on devrait le rencontrer partout où a existé le régime des tenures.

Les intérêts des seigneurs pouvaient trouver leur satisfaction de différentes manières en rapport avec les conditions économiques de la région. Cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 414, note 3 (Réponse à l'objection présentée par le baron de Freyberg-Ietendorf dans le compte rendu de l'ouvrage de M. Fick).

(3) Sering, Introduction, p. 2 ; Gothein, *op. cit.*, p. 256 ; Wygodzinski, *op. cit.*, p. 97.

ges (1). » Le seigneur en tolérant le partage là où les charges pesaient moins sur les biens que sur les tenanciers augmentait le nombre de ses débiteurs, de ses redevables. Le Vorträger payait en général le *mortuarium* (Kurmede), cependant il n'était pas rare qu'il fût dû pour et par chaque partie de l'ancien bien (2).

Mais tout en favorisant le morcellement après l'avoir tout d'abord simplement légalisé on cherchait à en éviter les abus par la fixation d'un minimum de parcelle (Parzellenminimum) (3). Ce minimum eutici le sort généralement réservé à cette époque à des mesures de ce genre dans les pays où le morcellement était populaire, il ne fut pas observé, principalement dans les régions à vignobles (4).

Au Sud-Ouest de l'Allemagne la Naturaltheilung se développait également avec les mêmes conséquences que sur le Rhin, les droits du seigneur dégénéraient en simples droits réels, le sol se morcelait dans le grand-duché de Bade comme dans une partie du royaume de Wurtemberg actuel (5). Dans l'Alt-Wurtemberg en effet la division des terres apparut de bonne heure (6), quoique les

(1) Gothein, *loc. cit.*

(2) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 97.

(3) Gothein, *op. cit.*, p. 251.

(4) Gothein, *loc. cit.* ; Wygodzinski, *op. cit.*, p. 97. Même constatation de l'insuccès du législateur en Bavière. Les princes archevêques de Würzburg cherchèrent en vain à éviter le morcellement, notamment le morcellement successoral dans leurs Etats. En dépit d'une série d'ordonnances prohibitives des XVI^e et XVII^e siècles, ils ne purent y parvenir. Une ordonnance de 1725 eut aussi peu de résultat que les dispositions législatives précédentes. On se heurtait toujours aux conceptions juridiques contraires des populations de la région franconienne. Cf. Fick, *Die bauerliche Erbfolge im rechtsrheinischen Bayern*, p. 241 et seq.

(5) L'Alt-Württemberg. Pour le grand-duché de Bade il faut excepter la Forêt-Noire.

(6) Fallati, « Ein Beitrag aus Württemberg zu der Frage vom freien Verkehr mit Grund und Boden », *Zeitschrift für die gesamte Staats.*

paysans ne fussent pas pleins propriétaires de leurs biens. Ces morcellements eurent d'abord lieu en méconnaissance des dispositions législatives. Encore d'après la Landesordnung de 1585 les Zinsgüter ne pouvaient pas être partagés, le Landrecht de 1610 par contre permettait le partage en prescrivant seulement que le paiement du cens aurait lieu « aus einer Hand » (1), c'était l'institution de la Trägerei, mais on n'avait pas attendu cette époque pour morceler les biens.

Corrélativement à ce mouvement de la Naturaltheilung s'était développé le droit du paysan sur sa terre ; les biens libres étaient devenus nombreux, et les formes inférieures de tenures n'accordant que peu de droits aux paysans étaient rares. C'est le tableau d'une évolution analogue que nous offre le grand-duché de Bade (2). Bon nombre de paysans étaient propriétaires et le droit des seigneurs se bornait à exiger des redevances qui grevaient l'immeuble du débiteur en qualité de charges foncières. Le « Schupflehen », tenure non héréditaire était relativement rare et ne se rencontrait pas sur les terres du seigneur le plus important de la région, le Margrave de Bade. Les droits seigneuriaux se trouvaient garantis par l'institution de la « Trägerei ».

Même évolution au Nord-Ouest de l'ancienne principauté de Hohenzollern. En dépit des prohibitions de la législation la terre se morcelait. La Landesordnung de Hechingen pouvait encore en 1698 frapper de pénalités la division des Lehengüter et prononcer la nullité des

wissenschaft, année 1845, p. 349. Cf. l'article d'Helferich dans la même revue, année 1853, pp. 183, 200.

(1) Helferich, *op. cit.*, p. 183.

(2) Ludwig, « Der badische Bauer im 1 lahrhundert » (*Abhandlungen aus dem staatswissenschaftlichen Seminar zu Strassburg.*) i E. Heft XVI, p. 53 et seq.

contrats passés en contravention aux principes qu'elle posait (1), elle n'était pas respectée. Dès la guerre des paysans au XVI^e siècle la vallée du Neckar offrait le spectacle d'une véritable pulvérisation du sol (2). Celle-ci apparut également très tôt dans la vallée du Mein en Franconie et au Sud de la province prussienne actuelle de Hesse-Nassau. Beaucoup de paysans étaient propriétaires (3) de la terre qu'ils cultivaient, encore qu'ils eussent à acquitter bon nombre de redevances qui pesaient sur elle. Aussi voyons-nous le morcellement de la terre dès le moyen âge.

C'est la conclusion que l'on a cru pouvoir tirer d'études sérieuses faites sur les environs de Francfort (4). Aux XV^e et XVI^e siècles, le développement de la viticulture dans la région permettait à une famille de paysans de tirer sa substance d'une surface cultivée, relativement très limitée (5). Sans doute, il serait inexact de vouloir généraliser ces résultats obtenus dans une région où la vie ur-

(1) Cf. le titre XXXIII de la Landesordnung dans Hirsch, Enquête Sering, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 24.

(2) Cf. Hirsch, *op. cit.*, p. 22, qui fait remarquer d'après Gothein (« Die Lage des Bauernstandes am Ende des Mittelalters vornehmlich in Süddeutschland », *Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst*, 4^e année, p. 5) que cette région, théâtre de la pulvérisation, était en même temps celui des mouvements de la fameuse ligue du Sabot. Cf. les intéressantes observations de Gierke sur le Kleingütlertum à la fin du moyen âge (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, Nr 223). Cf. pour le Kaiserstuhl dans le grand-duché de Bade, Gothein, *loc. cit.*

(3) « Arnoldi, *Geschichte der Oranien-Nassauischen Länder und ihrer Regenten* », Hadamar, 1799, tome I, p. 240.

(4) Bücher, *Die Bevölkerung von Frankfurt-a-Main im XIV und XV Jahrh.*, *Sozialstatistische Studien*, tome I, 1886, pp. 678, 679.

(5) Bücher, *op. cit.*, cf. p. 670. Le nombre des Zwergwirtschaften (exploitations naines) était très développé. Sur cent exploitations plus du quart devait se contenter de la mise en valeur de superficies de trois journaux.

baine était intense et la viticulture développée (1), mais à l'ouest de Francfort, des constatations sensiblement analogues peuvent être faites pour le Rheingau qui, au moyen âge, constituait déjà un vignoble important (2), et pour la vallée de la Lahn.

Au cours des temps, le morcellement ne fit que se développer dans toute la région comprise entre le Rhin, le Mein et la Sieg (3). Cette tendance est attestée par des prohibitions législatives aussi nombreuses que peu respectées. Des divers Landrechte ou Landesordnungen en vigueur (4), une seule, la Nassau-Catzenellenbogische Landesordnung de 1616 cherche à prévenir la pulvérisation d'une certaine classe de biens, celle des Erbleihgüter, tout en constatant qu'il y a là une innovation (5). Les prohibitions visant les tenures (6) ont aussi peu de

(1) Comme le fait remarquer M. Hirsch, *op. cit.*, p. 63, il semble bien qu'il y ait eu au Nord de la région de Francfort un élevage important incompatible avec la Zwergwirtschaft.

(2) C'est la région de Rüdesheim. Cf. citation de Kiehl dans Hirsch, *op. cit.*, p. 105.

(3) C'est la partie occidentale de la province de Hesse-Nassau actuelle. — Cette région forme le ressort de l'Oberlandesgericht de Francfort. Il y faut joindre au point de vue de l'exposition historique la vallée inférieure de la Kinzig.

(4) Cf. sur l'énumération dans Hirsch, *op. cit.*, p. 4.

(5) « Wiewohl nun bis anhero gebräuchlich gewesen, dass solche Erb-Leihgüther weniger nicht, als andere, des verstorbenen eigenthümliche Güter unter seine Erben..... zu gleichen Theilen seyend getheilet worden... » La Landesordnung énumère les inconvénients du partage pour le souverain, le seigneur et les tenanciers eux-mêmes et termine en prescrivant la transmission intégrale (Kap. VII, Z X). Cf. Hirsch, *op. cit.*, p. 26.

(6) C'était le cas par exemple des Herrengüter fréquents dans le pays de Nassau. Le possesseur n'avait sur ce bien aucun droit de propriété ; ce bien ne pouvait pas être morcelé sans l'autorisation de la Chambre des finances (Rentkammer) princière. En fait on n'observait pas la prescription. Les titulaires de ces Herrengüter les morcelaient et les distribuaient entre leurs enfants sans requérir d'autorisation, ainsi qu'il

succès que celles visant les biens libres, particulièrement nombreux dans la région (1). Au siècle dernier, on dut édicter des dispositions en vue de défendre le partage des bâtiments ; il ne semble pas qu'elles aient eu, du moins en général, un autre sort que celles relatives aux terres elles-mêmes (2).

Dans la région du cours inférieur de la Kintzig (3), le législateur avait pris le parti de réglementer ce qu'il ne pouvait pas empêcher. La Salmser Landesordnung de 1571 prohibait encore le morcellement des Landsiedelgüter (4), mais non celui des Erbleihgüter. La coutume à Hanau permettait le morcellement sans distinction de biens ; on estimait les intérêts du seigneur en matière de Landsiedelgüter suffisamment sauvegardés par l'institution de la Trägerei (5), qui ne pouvait fonctionner toutefois qu'avec le consentement de celui-ci.

résulte des Verordnungen de 1742, 1744, 1750 et 1806 (Hirsch, *op. cit.*, pp. 26 et 27 d'après les *Dillenburgerische Intelligenz-Nachrichten* de 1801 (p. 705), de 1806 (p. 198).

(1) L'ordonnance du prince de Nassau du 2 mai 1707 prescrivait pour tous les biens sans distinction de transmettre les exploitations au-dessous d'un certain minimum intégralement à l'un des enfants. Cette ordonnance qui eut quelque application dans certaines parties du Nassau (Uisingen) tomba en désuétude (Hirsch, *op. cit.*, p. 28).

(2) Hirsch, *op. cit.*, p. 29. Verordnung du 6 février 1743 pour Sayn-Altenkirchen, Ordonnance du 25 juin 1782 pour Sayn-Hachenbourg.

(3) Aujourd'hui Kreise de Hanau et de Gelnhausen.

(4) Tenures non héréditaires.

(5) « Item, Wann deren Landsiedel und Miterben vielweren, so sollen Sie, auf Begeren des Lehenherren, einen Stamm under jhnen machen, also dass durch denselben aufs einer Hand die Zins oder Pfacht, jedes Jars samptlich und nicht vertheilt mögen gereicht werden », § 26 du titre VII von Landsiedel Leyhe und dem Landtsiedel-recht, dans George Lennep, *Codex probationum*, Marburg, 1768, p. 17. Ce codex contient une série de sources inédites du XII^e au XVIII^e siècle sur les Leyhe zu Lansiedel-Recht. Cf. Holzapfel, Enquête Sering. Oberlandes-erichtsbezirk de Cassel, p. 60.

L'évolution subie par la Hausgemeinschaft avait été dans la plaine Saxonne ainsi que dans certaines régions montagneuses du sud de l'Allemagne toute différente de celle que nous avons décrite. Les droits du représentant s'étaient fortifiés au point de ne plus laisser de place à l'expression des droits des représentés (1). Ceux-ci se trou-

(1) On finit par reconnaître au représentant, généralement l'ainé, un droit exclusif sur le Hof. La progression est intéressante, elle rappelle celle qui eut lieu en matière de fief, mais elle fut plus rapide et plus complète en raison de la dépendance plus étroite qui reliait le possesseur du Hof à son seigneur (Cf. sur tous ces points Frommhold, *op. cit.*, p. 28 et 29). Comme en matière de succession féodale l'ainé représenta d'abord en fait les autres enfants du *de cujus*, il était le chef de la communauté (Cf. la Gesamtbelehrung en matière de fief), l'empfangende Hand comme en matière de Trägerei. Le fait devint le droit. Cf. dans Frommhold, *op. cit.*, série de sources, pp. 30, 31, 32, 33; Gothein, *op. cit.*, p. 252. Sur les causes de l'évolution différente qui s'accomplit au nord et au sud-ouest de l'Allemagne avec un point de départ commun. Cf. *infra*.

Pour la plaine saxonne on n'a pas il est vrai de preuves directes du passage de la Hausgemeinschaft à l'Anerbenrecht ; il semble que l'Hausgemeinschaft ait disparu de bonne heure (Cf. Grossmann, *Enquête Serling Provinz Hannover*, p. 198, note 1). Les documents que nous avons sur la question proviennent de la région rhénane et du sud de l'Allemagne (Cf. notre 1^{re} partie et Frommhold, *op. cit.*, p. 16, note 5). Peut-être pourrait-on voir dans les droits que les frères et sœurs de l'Anerbe ont dans certains cas déterminés sur le Hof un vestige de la Hausgemeinschaft (*Unterhalts und Zufluchtsrechte*). Cf. Grossmann, *loc. cit.* L'évolution de la Hausgemeinschaft à l'Anerbtrecht me paraît surtout attestée par la stabilité de la répartition du sol en Basse-Saxe. D'après les savantes recherches de M. Meitzen (*Siedelung und Agrarwesen der West-und Ostgermanen, Celten, Römer, Finnen und der Slaven*, Berlin, 1895, t. I, p. 562), dans telle commune de la Westphalie actuelle 93 0/0 de la consistance des Höfe étaient tels qu'il y a 1000 ans. Et ces Höfe n'ont pas été l'objet de mutations fréquentes. Leurs propriétaires actuels en ont conscience. Dans la région de Minden, d'après Winkelmann (*Schriften des Vereins für Socialpolitik*, t. 23, p. 13), bon nombre de propriétaires de Höfe font remonter leur arbre généalogique jusqu'à l'époque lointaine de Witikind. Cf. également pour le Hanovre, Meitzen, I, p. 16.

vaient protégés contre les abus de pouvoir du représentant par les limitations que le régime féodal apportait au droit de disposer du possesseur du Hof, sans parler du secours que le Beispruchsrecht pouvait offrir le cas échéant (1). Mais la solidité qu'acquît dans ces contrées le régime féodal rendit le secours du Beispruchsrecht inutile. Ce sont les divers aspects du régime foncier féodal variables selon les régions, qu'il nous faut maintenant étudier.

L'organisation-type de la seigneurie, au début du moyen âge, était celle de la villication ; il semble bien qu'elle ait eu un domaine très général (2), mais nulle part elle n'obtint plus de force qu'en Basse-Saxe et c'est dans l'organisation qu'elle y reçut qu'elle mérite d'être étudiée.

La conquête du pays saxon sous les Carolingiens fut le point de départ de grandes transformations politiques et sociales dans la région. La vieille organisation démocratique saxonne fit place à un régime plus aristocratique. Sur bon nombre de terres devenues libres, les rois Francs installèrent leurs fidèles, laïcs ou ecclésiastiques. Il se forma une grande propriété foncière dont les titulaires appartenaient partie à la noblesse nouvelle, partie à l'ancienne noblesse saxonne, partie enfin au clergé (régulier ou séculier). Ces biens ne formaient pas un tout continu, il ne fallait donc pas songer à les soumettre à une administration centrale, la pluralité des ressorts administratifs s'imposait. A la tête de chacun d'eux se trouvait un villicus (Meier), le ressort portait le nom de villicatio (villication) et ce nom sert à désigner l'institution elle-même (Villikation, Villikationsverfassung). Au milieu du XII^e siècle, la villication s'étendait sur la plus grande

(1) Zimmerle, *Das deutsche Stammgutssystem*, Tübingen, 1857, p. 251.

(2) Cf. *suprà*, p. 348, note 1.

partie des classes rurales ; le nombre des paysans restés libres (altfreie Bauern) était très minime (1).

La villication se composait d'un Hof principal (Haupthof-Herrenhof) et d'un nombre variable (2) de manses serviles souvent situées dans des Bauernschaften différentes.

Le villicus était une sorte d'intendant chargé d'administrer la villication, de percevoir les prestations en argent ou en nature dues par les manses au seigneur. Les serfs d'une villication formaient une communauté de gens dépendants mais non sans droits. Leurs corvées étaient relativement peu importantes, leurs charges peu considérables, principalement là où elles avaient été fixées en argent (3). Les serfs affectés à un bien foncier étaient *glebæ adscripti* (4), mais ils avaient un droit à l'exploitation du bien moyennant une redevance ferme qui ne pouvait pas être arbitrairement augmentée. Les autres serfs devaient au seigneur une année de domesticité au plus, après ils jouissaient d'une liberté de fait (5).

Le serf transmettait sa manse à ses enfants. Il ne semble pas qu'il y ait eu un partage de cette manse ; c'était l'un des fils qui succédait à l'exploitation du bien (6). Que les autres enfants aient eu droit à une soulte (sous forme de Brautschatz), c'est ce qui ne saurait être établi (7). Le

(1) Cf. sur tous ces points : Schröder, *Rechtsgeschichte*, p. 426 ; Wittich, *Die Grundherrschaft in Nordwestdeutschland*. Leipzig, 1896, p. 271 et seq.

(2) Rarement plus de 40.

(3) Wittich, *op. cit.*, p. 280 et seq. Cf. sur les conséquences du servage, Wittich, p. 283 (*Sterbefall-Burmede*, etc.). La succession mobilière du serf (Late) passait tout d'abord entière au seigneur, mais le droit ne tarda pas à se montrer plus clément. Cf. *infra*.

(4) Wittich, *op. cit.*, p. 289.

(5) Wittich, *op. cit.*, p. 290.

(6-7) Wittich, *op. cit.*, p. 281. M. Wittich considère ce droit au Brautschatz vraisemblable ainsi que celui de pouvoir rester sur la manse en cas d'incapacité de travail (p. 292).

droit à la succession mobilière du serf était peu développé, il semble bien que les descendants n'aient pu prétendre à celle-ci qu'autant qu'ils vivaient en communauté avec le *de cujus* (1).

Les droits et les obligations du serf formaient le Hofrecht, dont l'application était confiée à une juridiction spéciale (le Hofgericht) (2), où le seigneur, à son défaut son représentant, remplissait les fonctions de juge et les serfs celles de juges (Urteiler).

La Villicationsverfassung formait une organisation complète comprenant une série de droits et de devoirs, « elle répondait dans le domaine du droit privé à ce qu'est dans le domaine du droit public la Constitution de l'État moderne » (3).

Cette organisation se montra bientôt insuffisante, elle mettait en péril les droits des seigneurs ; les pouvoirs des Meier par suite de l'ascension de ceux-ci du servage à la ministérialité (4) prenaient une importance dangereuse pour l'autorité du grand propriétaire, le représentant menaçait d'évincer le représenté. Principalement sur les grandes possessions ecclésiastiques le Meier acquérait une grande indépendance (5). Il prétendait à l'hérédité de sa charge (6), aux revenus de la villication (7). Les fonctions des Meier menaçaient de devenir héréditaire (8) ;

(1) Wittich, *op. cit.*, pp. 293-294. L'auteur dit fort exactement qu'il y avait là moins une transmission successorale que la réalisation d'une copropriété déjà existante. De droit, le seul successible du serf était le seigneur.

(2) Wittich, *op. cit.*, p. 294 ; Schröder, *op. cit.*, p. 508.

(3) Wittich, *op. cit.*, p. 298.

(4) Wittich, *op. cit.*, p. 308.

(5) Wittich, *op. cit.*, p. 309.

(6) Wittich, *op. cit.*, p. 310.

(7) La fixité des prestations lui permettait de réaliser un bénéfice sur l'excédent des revenus. Wittich, *op. cit.*, pp. 311-312.

(8) Wittich, *op. cit.*, p. 313.

c'est pour empêcher ce résultat qu'à la fin du XII^e siècle les seigneurs se virent contraints de conclure avec eux des contrats sauvegardant leurs droits propres d'une façon plus efficace. Les Meier devenaient de simples locataires *ad tempus* moyennant une *pensio* (1) ; ils administraient la villication désormais directement pour leur compte. Ils ne pouvaient plus être révoqués *ad nutum*.

Les Meier abusèrent des serfs, aussi en Hanovre finit-on par ne plus leur donner à bail que le Haupthof, Hof principal ; le seigneur prit en mains l'administration directe de ses manses serviles, il la confia à des Vögte ou baillis. Désormais l'ancienne Villication comprenait deux éléments de valeur fort inégale ; le Haupthof tenu à bail par le Meier, les Latenhufen (manses serviles) possédés d'une façon ferme par les serfs dont les redevances minimales ne constituaient qu'un faible équivalent des revenus qu'ils tiraient de l'exploitation de la terre.

Les Vögte ne tardèrent pas à vouloir utiliser leur situation dans un intérêt personnel ainsi que l'avaient fait avant eux les Meier et Villici ; le régime des contrats à court terme sur le modèle de ceux conclus avec les Meier ne réussit pas. Pour couper court au danger les seigneurs prirent le parti de supprimer la base de l'organisation, c'est-à-dire le servage. Le serf se trouvait libéré du poids de ses obligations, mais il ne pouvait plus par contre prétendre aux droits qui en constituaient la contre-partie. Sa liberté personnelle lui coûtait son droit de possession héréditaire (2).

(1) Dénommée souvent dans les textes mais à tort « commissio ». Wittich, *op. cit.*, pp. 315 et 316. La *pensio* en allemand s'appelait Pacht.

(2) Nous avons la constatation du résultat dans le Sachsenspiegel rédigé à l'époque de la dissolution de la Villikationsverfassung. Il parle du serf devenu par libération un « freier Landsasse » (*der eigene man*,

Les serfs devenus libres reçurent à titre de locataires *ad tempus* leurs anciennes manses serviles ; le contrat conclu avec le Meier relativement à l'Haupthof servit de modèle. L'ancien Late prenait la qualité d'un Meier (1). Le seigneur y gagnait de pouvoir prendre sa part de l'accroissement de la rente du sol par suite des conjonctures favorables dans lesquelles l'on se trouvait. Ce fut un motif qui joua un rôle important dans la dissolution de l'ancienne Villikationsvesfassung (2).

C'est une constatation souvent faite que celle de l'ascension de la tenure viagère vers la tenure héréditaire, et finalement vers la propriété. C'est l'histoire du processus qui suivit le droit des nouveaux Meier.

Leur droit était tout d'abord ceux de locataires de droit commun, il ressemblait à la Zinsleihe du Sachsenspiegel (3). Les baux étaient conclus soit à court terme, en se réglant sur les nécessités de l'assolement triennal, soit à

den man vrîlêt, des beheldet vrier lantsēzen recht, livre I, art. 16, § 1 *in fine*, cf. livre III, art. 80, § 2). Or les Landsassen sont des gens (« die Komen und varen gastes wise und en habn niech ein eigen inme lande », livre III, art. 45, § 6) qui ne sont pas propriétaires. Cf. sur tous ces points, Wittich, pp. 317 à 327 ; Heusler, *op. cit.*, II, p. 176.

(1) La manse devenait un bien soumis au Meierrecht, c'était un Meierhof. Toutefois la transformation ne s'opéra pas directement, il y eut des remaniements assez considérables de l'étendue des exploitations. Plusieurs manses formèrent un Meierhof. Les raisons de cette modification de la répartition du sol sont multiples. Beaucoup de serfs mirent à profit la liberté qui leur était conférée pour émigrer vers les villes, alors en complet développement, ou vers les régions conquises à la même époque sur les Slaves. D'autre part les progrès de l'agriculture permettaient à un paysan de cultiver une plus grande étendue ; enfin en restreignant le nombre de ses locataires le seigneur rendait son administration plus facile. Il semble qu'on ait fait en règle de 4 manses serviles un Meiergut. Cf. Wittich, *op. cit.*, pp. 328 et 329.

(2) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 29. Remarquons dès maintenant que la classe des nouveaux Meier n'avait pas fait disparaître celle des serfs surtout en Westphalie. Pour plus de détails *vide infra*.

(3) De Spee, *op. cit.*, p. 28 ; Wittich, *op. cit.*, p. 331.

vie. Après débats les Meier eurent la *Gewere* (saisine) sur leurs terres même à l'égard des tiers ; toutefois le contrat de bail se résolvait encore aisément quoique le droit des Meier gagnât en fermeté. Les législations contenaient des dispositions détaillées sur le règlement des droits du seigneur et du Meier en cas de cessation de leurs rapports. Le Meier se trouvait complètement indemnisé de toutes les impenses qu'il avait pu faire sur le bien (1). Cette obligation imposait un frein à l'arbitraire du seigneur ; en fait le Meier restait sur le bien sa vie durant, et à son décès c'était un de ses enfants qui devenait Meier à sa place. Mais c'était là du fait non du droit ainsi qu'il ressort encore formellement du Landtagsabschied de Lüneburg (2) (1527) qui reconnaissait l'entière liberté du seigneur à l'égard du Meiergut.

Cependant l'État naissant commençait à intervenir en Hanovre (3) dans les rapports des Meier et des seigneurs. Ceux-ci cherchaient à profiter de la hausse des prix des produits, sans vouloir toutefois modifier le mode d'exploitation de leurs terres. Il n'y eut pas en Hanovre cette expulsion en masse des paysans tenanciers qui se pratiqua à certaines époques pour des motifs analogues en Allemagne ou ailleurs (4). L'État s'y fût du reste opposé ; les Meier couraient un autre danger, celui de voir

(1) Cf. pour l'énumération, Wittich, *op. cit.*, pp. 339 à 342.

(2) Wittich, p. 373, note 2. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 20. Du moins en général ; car çà et là on trouve de bonne heure des indices d'hérédité de Meiergüter (prohibition de morceler les Meiergüter). Wigand, *Die Provinzialrechte der Fürstentümer Paderborn und Corvey in Westphalen nebst ihrer rechts geschichtlichen Entwicklung und Begründung aus den Quellen dargestellt*, 1832, II, pp. 260, 266.

(3) XVI^e siècle.

(4) Angleterre. En Allemagne, le *Bauernlegen* fut surtout opéré à l'Est, en dépit de toute la diligence des monarques prussiens aux siècles passés. C'est ce vice de la constitution agraire prussienne que l'on cherche à corriger actuellement par la législation des Rentengüter.

augmenter le quantum de leurs redevances, opération toujours facile en raison du caractère précaire de leur possession (1). Les souverains limitèrent les prétentions des seigneurs ; il importait d'ailleurs dans leur propre intérêt qu'ils intervinssent en cette matière. Le Meier appartenait aux classes rurales, classes des contribuables-nés dont la prospérité importait plus que jamais aux besoins fiscaux de l'État se modernisant. Il fut défendu au seigneur d'augmenter les redevances du Meier (2). Avec cette défense disparaissait le motif principal s'opposant à l'hérédité des tenures. On détermina les cas d'expulsion du Meier (Abmeierung (3)).

Ainsi renforcé dans son droit le Meier menaça d'en abuser aux dépens du seigneur et du Landesherr ; il considérait le Meiergut comme un bien propre et agissait en conséquence ; le législateur dut intervenir notamment pour empêcher un morcellement des Höfe (4). Au nord de la Basse-Saxe, le renforcement du droit du Meier fut poursuivi d'une façon moins ferme ; l'on procéda par voie administrative, enfin en 1618, le duc Christian édicta une Polizeiordnung prescrivant la stricte Geschlossenheit de tous les biens de paysan, prohibant les partages en nature entre héritiers, le morcellement entre vifs par voie d'aliénations partielles (5). Le Meiergut n'étant pas la pro-

(1) Wittich, *op. cit.*, p. 382.

(2) Ce ne fut pas parfois sans peine. Cf. par exemple dans Wittich, *op. cit.*, p. 383 et seq., le tableau des luttes que le duc Henri le Jeune eut à soutenir avec les habitants de Brünswick.

(3) Sauf à Göttingue où cela n'eut pas de conséquences fâcheuses. Cf. Wittich, p. 389.

(4) Grossmann, *op. cit.*, p. 21 ; Verordnung du 3 avril 1593 pour Calenberg-Hoya.

(5) Wittich, *op. cit.*, p. 394. Cf. sur les dispositions très rigoureuses de cette Polizeiordnung relatives aux biens propres des Meier qui se trouvaient aussi soumis à la Geschlossenheit, Grossmann, *op. cit.*, p. 22.

priété du Meier ne figurait pas dans la masse de sa succession pour le calcul des soultes des cohéritiers. Les aliénations et les engagements exécutoires sur le Meiergut n'étaient valables qu'avec le consentement du seigneur ; le Meier pouvait toutefois transmettre son droit à ses héritiers tant que les charges grevant le bien avaient été acquittées. L'hérédité du Meiergut dans les duchés de Brême et de Verden s'introduisit sous l'action de la coutume ; aussi les tendances au Bauernlegen furent-elles ici plus manifestes qu'au Sud (1). Le gouvernement sut heureusement y résister. En Westphalie, la loi n'eut également pas à intervenir pour l'établissement de l'hérédité. La législation n'eut à agir qu'assez tard et pour confirmer la coutume (2).

Après la guerre de Trente Ans, la législation protectrice de Höfe prit une activité nouvelle ; elle porte le nom caractéristique de *Redintegrierungsgesetzgebung*. Bon nombre de Höfe avaient été abandonnés pendant la guerre, il fallait les repeupler, mais à cela ne se borna pas la diligence des souverains. Il fallait obvier au morcellement des Meierhöfe existants encore, morcellement antérieur à la guerre pour certaines régions, mais favorisé par celle-ci (3). Les prohibitions de partage furent renouvelées et étendues, des mesures furent prises pour éviter un endettement excessif des Höfe, en suite de transmissions successorales (soultes à payer aux cohéritiers) (4).

(1) Wittich, p. 395.

(2) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 27.

(3) Witlich, *op. cit.*, p. 402.

(4) Pour Calenberg, Ordonnance du 5 juin 1691 prohibant l'aliénation et l'engagement de dépendances du Hof sans le consentement du souverain (auparavant le consentement du seigneur suffisait). Dans la principauté de Hildesheim la Polizeiordnung du 20 octobre 1665 prohibait le morcellement et l'aliénation des Höfe dont elle étendait la notion. Elle interdisait sans le consentement du seigneur les contrats de ma-

Au XVIII^e siècle la sollicitude intéressée de l'État à l'égard des Höfe ne faiblit pas (1). Dans la 2^e moitié du XVIII^e siècle les Meier des duchés de Brême et de Verden achètent la liberté de leurs tenures (2) et se transforment en pleins propriétaires. L'État n'y mit tout d'abord pas obstacle, mais lorsque ces rachats de droits éminents devinrent plus fréquents et que l'on vit les anciens Meier agir sur leurs Höfe avec toute la liberté de propriétaires, les morcelant entre vifs ou par dispositions à cause de mort entre leurs héritiers, l'État intervint (3). Le paysan ne quittait la tutelle du Grundherr (seigneur) que pour retomber sous celle de l'État. Le Bauerngut libéré n'était pas considéré comme un alleu par la loi, il restait aux yeux de celle-ci un Bauerngut et demeurait soumis aux restrictions résultant de cette qualité (4).

L'État pouvait faire valoir plusieurs motifs à l'appui de ce système agraire des motifs politiques et fiscaux ; le

riage, les contrats de cession de biens. Même solution donnée pour la principauté de Lünebourg par l'ordonnance du 1^{er} juillet 1699. Les motifs invoqués à l'appui de ces prohibitions sont les mêmes dans toutes ces ordonnances ; on veut assurer la prestation des redevances. Même activité législative au XVIII^e siècle et avec un but identique, maintenir la *Prästationsfähigkeit* (aptitude à supporter les redevances) des Höfe. Aussi les lois sont-elles peu clémentes à l'égard de ceux qui pourraient y porter atteinte, ce sont les parents stipulant en se retirant des Alten-teile trop élevés ou les frères et sœurs qui reçoivent des soultes trop considérables. Cf. Ordonnance de 1772 pour Calenberg et ordonnance du 9 avril 1781 pour la principauté de Hildesheim. Cf. sur tous ces points Grossmann, pp. 22, 23, 24. Les Verordnungen sont dans Oppermann. *Sammlung sämtlicher in Beziehung auf das Meierrecht erlassenen Gesetze*, 2^e édit., 1861.

(1) Cf. note précédente *in fine*.

(2) Sous l'influence du bien-être que la prospérité des grandes cités commerciales répandait autour d'elles.

(3) Wittich, pp. 411, 412 et 413. Ordonnance de l'année 1777 pour le duché de Brême.

(4) Cf. Wittich, *op. cit.*, p. 425.

Bauernhof constituait la base de l'État, c'était sur lui que reposaient les impôts, de sa prospérité dépendait celle de l'État. La noblesse n'était pas défavorable à cette évolution ; n'ayant en général qu'un faire-valoir modeste, elle risquait par une libération progressive des Höfe de perdre le plus clair de ses revenus consistant en prestations et en redevances, elle ne craignait pas moins une diminution de son influence sociale et politique.

Cette organisation foncière avait des adversaires et des adversaires autorisés, les représentants de l'agriculture rationnelle, Thaer (1) à leur tête, qui voyaient dans la propriété libre la condition de tout progrès agricole (2). Les paysans ne semblaient pas leur donner tort ; la Révolution française eut son contre-coup en Hanovre et détermina des troubles dans les principautés d'Hildesheim et de Calenberg (3). Que résulta-t-il de ce mouvement d'idées nouvelles ? C'est ce que nous verrons ultérieurement en étudiant l'évolution au XIX^e siècle.

Les biens dépendants entre les mains de tenanciers libres de leur personne n'étaient pas les seuls biens paysans existant en Hanovre et en Westphalie. Toutes les man-ses soumises à la Villikationsverfassung ne s'étaient pas transformées en Meierhöfe et toutes les Villikations elles-mêmes n'avaient pas disparu. Tantôt en effet la Villikation s'était maintenue sous la conduite du seigneur avec son organisation primitive (4), tantôt l'organisation avait cédé mais sans que ceux qui y étaient soumis devinssent libres (5). Le servage maintenu n'eut pas le même sort en

(1) Le rédacteur du vigoureux paragraphe 1 de l'édit prussien du 14 septembre 1811.

(2) Cf. Wittich, *op. cit.*, p. 425.

(3) Cf. Wittich, *op. cit.*, p. 426.

(4) Ces villications donnèrent naissance aux Meierdinge, Latdinge et Propstdinge du XVIII^e siècle.

(5) Wittich, *op. cit.*, p. 358 ; Comte de Spee, p. 27.

Hanovre qu'en Westphalie. Ici il subit peu de modifications et celles qu'il éprouva furent tardives, du moins au Nord. Dans le comté de Ravensberg et la principauté de Minden il y avait encore d'après une pétition de 1797 sur 13.132 Bauerngüter, 3.843 biens appartenant à des serfs (1); ceux-ci étaient également très nombreux dans l'évêché de Münster. Au Sud et à l'Est de la Westphalie actuelle, dans le duché de Westphalie, dans la principauté de Paderborn et le comté de Corvey (2) la manse servile faisait au contraire de plus en plus place au Meierhof.

Telle avait été également l'évolution au Nord du Hanovre (3); au Sud elle se rapprochait beaucoup plus de celle qui avait eu lieu dans le Nord de la Westphalie. Ça et là quelques villications subsistèrent (4) et là où elles disparurent les serfs ne virent de modification ni dans leur condition personnelle ni dans celle de leur tenure, du moins en droit (5). L'État montra lors de la transformation des manses serviles en propriété libre ensuite d'un accord des serfs et du seigneur la même sollicitude que celle qu'il avait témoignée dans des circonstances semblables pour les Meierhöfe. A la tutelle seigneuriale il substitua dans ce cas spécial directement la sienne (6).

Nous avons décrit à grands traits l'évolution de la propriété paysanne au Nord-Ouest de l'Allemagne, étudions-

(1) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 28.

(2) Le servage y avait disparu au XVI^e siècle. Wigand, *op. cit.*, II, p. 305.

(3) Wittich, *op. cit.*, pp. 361 à 365.

(4) Principauté d'Osnabrück.

(5) Car dans la suite des temps le lien de dépendance personnelle devint fréquemment très lâche.

(6) Cf. pour les biens des Eigenbehörige des comtes de Hoya-Diepholz, Wittich, *op. cit.*, pp. 411 et 412. Cf. Verordnung de 1766. Pour la principauté d'Osnabrück, cf. Ordonnance du 27 avril 1797. Pour les territoires de Münster, cf. l'Erbpachtsordnung de 1783. Grossmann, *op. cit.*, p. 39.

la à l'état statique en quelque sorte, à l'époque où elle avait atteint son complet développement. Quelle était au XVIII^e siècle l'organisation foncière en Basse-Saxe ?

Commençons par le Hanovre.

Au premier plan figurait le Bauerngut dépendant, c'était lui qui jouait le rôle important ; au point de vue agricole les exploitations des biens nobles n'avaient qu'un rôle secondaire ; les propriétaires de ceux-ci tiraient leurs revenus des droits pesant à leur profit sur les biens de paysans. Et ils n'étaient pas les seuls, bon nombre de personnes morales (corporations), les églises, les habitants des villes, sans faire-valoir direct, devaient pour partie leurs ressources à l'exercice de semblables droits (1). Par là l'organisation rurale hanovrienne avait conservé fidèlement les traditions du passé, de l'époque où le seigneur, tout occupé au service de chevalerie vivait des redevances de ses tenanciers libres ou serfs. Le tableau était autre à l'Est de l'Allemagne, au delà de l'Elbe, où les Seigneurs, depuis le XVI^e siècle sous l'action de causes diverses (2) qui avaient agi là dans toute leur intensité, s'étaient transformés en exploitants directs et avaient cherché à augmenter l'étendue de leur faire-valoir immédiat. Ils n'y avaient que trop bien réussi (3).

(1) Wittich, *op. cit.*, pp. 11 et 12.

(2) Modifications de l'organisation militaire, début de la Geldwirtschaft.

(3) C'est cette histoire que G. F. Knapp a décrite dans son beau livre : « *Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in dem ältern Theilen Preussens* », 2 v. Leipzig, 1887. Cf. un bon tableau de l'opposition des deux organisations foncières dans Wittich, p. 12 et seq. Pour une comparaison avec la Bavière, cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 223 et seq. *Warum herrscht in Altbayern bäuerlicher Grundbesitz* ? Il ne peut être question ici que de donner quelques indications.

Le paysan à l'Est avait débuté par la pleine liberté pour lui-même. C'était un colon flamand ou hanovrien appelé soit par le souverain, soit

La plus importante de toutes les tenures était en Hanovre celle des biens donnés en Meierrecht, les Meiergüter ou Meierhöfe. L'objet du Meiergut était un Bauerngut. Au point de vue économique le Bauerngut (1) était un en-

par des seigneurs après la conquête des pays au delà de l'Elbe sur les Slaves. Il devait en retour de la terre qui lui était concédée payer des redevances et acquitter des prestations qui n'avaient un caractère privé qu'autant que la colonisation avait été faite par les seigneurs. Pour le surplus l'organisation foncière était la même au delà qu'en deçà de l'Elbe. Le domaine que le seigneur faisait valoir (Ritterhof) était petit, les ressources seigneuriales provenaient surtout des prestations et des redevances. Mais, et ceci est important, dès l'origine, le champ d'application des droits seigneuriaux avait eu à l'est de l'Elbe beaucoup plus de cohésion. Il n'y avait pas eu ici de féodalité parcellaire (Cf. Wittich, *op. cit.*, p. 17); le seigneur avait pu jouer le rôle d'un petit souverain. Les embarras pécuniaires des Landesherren souverains firent le reste; ils firent cession de leurs droits notamment de la basse justice (cf. sur situation différente en Hanovre, Wittich, p. 342 entres autres; pour la Westphalie comte de Spee, p. 28 et les sources citées à la note 4, notamment le rapport du Kammerdirektor Dieterich à la date du 26 octobre 1753). Par là le seigneur acquérait l'autorité sur le paysan; à partir de ce moment la situation de celui-ci alla s'empirant, notamment après la réaction qui suivit la répression des soulèvements du début du XVI^e siècle (Bauernkrieg). Le Bauernland (terre du paysan) céda peu à peu devant le Herrenland (terre du Seigneur) surtout à la suite des facilités que les souverains accordèrent en matière de Bauernlegen. Les seigneurs s'assurèrent le maintien de la main-d'œuvre par une atteinte portée à la liberté d'établissement (Freizügigkeit). L'obligation de fournir la main-d'œuvre devint de plus en plus stricte (Zwangsdienst), çà et là elle aboutit à un véritable servage (Leibeigenschaft). Avec le développement de leur puissance les électeurs de Brandebourg se montrèrent moins disposés à sacrifier aux nobles; ils pouvaient d'ailleurs se passer de leur concours (suppression des Landstände). Les rois de Prusse, notamment Frédéric II, déployèrent la plus grande activité pour arrêter le Bauernlegen et ce ne fut pas sans résultats (cf. sur les conséquences de l'absence de Bauernschutz (protection des paysans), dans la Poméranie suédoise, Brentano, *op. cit.*, p. 233; sur les causes économiques du Bauernlegen à l'Est, cf. Wittich, *op. cit.*, p. 18. L'auteur qualifie le Rittergut au delà de l'Elbe « d'entreprise de production capitalistique », p. 16).

(1) Wittich, *op. cit.*, p. 24; Grossmann, *op. cit.*, p. 25.

semble de biens-fonds avec bâtiments et dépendances, centre d'une exploitation agricole et siège de son possesseur et de sa famille.

Le mot avait encore une signification juridique ; à cet égard le Bauerngut était la base d'un ensemble de devoirs et de droits ; son titulaire était tenu de l'acquittement des charges publiques (impôts, prestations) et privées (redevances et prestations grevant le bien) ; il était en revanche membre de la commune avec tous les avantages résultant de cette qualité. Pour assurer le service des charges ces biens étaient soustraits aux conséquences des actes de disposition que les intéressés auraient pu accomplir sur eux ; les Bauerngüter au sens juridique étaient « clos » (1) (geschlossen).

Le Bauerngut était au point de vue juridique moins compréhensif que le Bauerngut au point de vue économique. Celui-ci comprenait des éléments que ne comprenait pas celui-là (2). A savoir : 1° le Meiergut ; 2° les éléments allodiaux du Meiergut (3) ; 3° les éléments allodiaux ne faisant pas partie du Meiergut (4).

(1) C'est-à-dire à peu près tous les biens considérés comme Bauerngüter au point de vue économique.

(2) Le Bauerngut, au sens juridique n'était pas lui-même concédé toujours exclusivement en Meierrecht ; il contenait parfois quelques immeubles allodiaux ; mais l'élément principal « le noyau » (Wittich) était le Meiergut.

(3) Cf. note précédente.

(4) C'est-à-dire les bâtiments (sauf à Göttingue), les terres, les haies, engrais, les fruits pendants par branches et racines. (Comparer les édifices et superficies du domaine congéable.)

Le Bauerngut au sens large subissait lui-même les conséquences du Meierrecht, car lorsqu'il s'agissait de faire un départ entre la fortune allodiale du Meier et sa tenure, il s'opérait tout à l'avantage de celle-ci. Le règlement des droits des deux masses avait lieu le plus souvent à l'aide de récompenses (c'était en général le seul possible. Ex. : bâtiments), mais cette récompense était rarement intégrale pour la fortune allodiale. A Lünebourg le Meier destitué ne recevait que la moitié de la valeur

Les rapports du Meier et du seigneur reposaient sur un contrat dont les termes se trouvaient contenus dans un Meierbrief. La délivrance de ce Meierbrief comportait l'acquittement d'une redevance. Sauf au Sud le Meierbrief ne devait pas être renouvelé pendant la vie du Meier, mais il devait l'être par son successeur. L'héritier du Meier tenait son droit au Hof moins du *de cujus* que de la délivrance consentie par le seigneur (1).

Le Meierrecht droit des Meier n'offrait pas une construction juridique logique ; l'institution était faite de pièces et de morceaux ; on ne chercha pas à la fondre en un tout cohérent.

Le Meier avait un droit réel et pouvait le défendre personnellement en justice ; il pouvait disposer du bien, mais avec l'autorisation du seigneur seulement. Cette autorisation était également requise pour les actes de famille ayant leur contre-coup sur le Hof (2), sans que toutefois le seigneur pût la refuser arbitrairement. Les autorités judiciaires dans ce cas étaient appelées à suppléer au consentement seigneurial (3).

Les prestations du Meier comme équivalent de sa jouissance consistaient le plus souvent en dons en nature (4), en cens, plus rarement en corvées (5). Ces presta-

des bâtiments et des récoltes dans les champs, pour les engrais et les haies, il n'avait droit à aucune indemnité. Il ne touchait d'indemnité complète que pour ses terres incorporées au Meierhof, les autres, il les gardait en nature.

(1) L'héritier n'avait droit qu'au renouvellement de la concession ; ce n'est qu'au XIX^e siècle que l'on ne vit plus là qu'une question de forme. Wittich, *op. cit.*, pp. 29, 44.

(2) Nomination de l'Anerbe ; démission de biens ; fixation des soultes des cohéritiers.

(3) D'ailleurs tous les contrats concernant les paysans devaient être confirmés par l'autorité judiciaire.

(4) Principalement en blé.

(5) Du moins au Sud du Hanovre, elles étaient plus nombreuses au Nord. Wittich, *op. cit.*, p. 35.

tions étaient fixes et ne pouvaient pas être augmentées, alors même que le seigneur aurait concédé le bien à un nouveau Meier à la suite de la destitution valable du premier. Le Gutsherr ne recouvrait pas sa liberté d'imposition en cette matière par le fait de la cessation du premier rapport de droit. Le Meier n'avait pas à supporter seulement les charges constituant l'équivalent de sa jouissance, il avait à acquitter les impôts (généraux et locaux), les charges foncières (dîmes, etc.), qui, sous des dénominations diverses parfois identiques à celles des charges seigneuriales, avaient les origines les plus variées (1).

Le Meierrecht produisait les effets les plus curieux sur les rapports pécuniaires des époux. L'époux non titulaire d'un Hof se voyait attribuer (2) des droits sur le Hof en cas de survie (3). La femme non titulaire du Hof permettait, en dédommagement, l'emploi de sa dot (Brautschatz) (4) dans le Meierhof. Le droit accordé à la femme était le plus souvent celui d'administrer le Meierhof pour son propre compte après le décès de son mari jusqu'à la majorité de l'héritier désigné (Anerbe). Le plus souvent la veuve se remariait et conférait à son second mari l'administration et la jouissance du Hof. Il y avait administration intérimaire (Interimswirtschaft) ; le second mari était appelé Interimswirt (5).

L'institution de l'Interimsswirtschaft avait acquis une grande importance et formait une institution indépendante. Elle montre bien sous son véritable jour le caractère du Bauerngut. Celui-ci était une fonction dont la bonne

(1) Elles jouaient cependant à côté du cens dû pour la jouissance du Hof un rôle secondaire.

(2) Par contrat de mariage.

(3) En vertu de la maxime « Längst Leib längst Gut ». Cf. Wittich, p. 38.

(4) C'est-à-dire l'argent et les meubles.

(5) Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 27. Wittich, *op. cit.*, p. 39 et seq.

gestion importait à de nombreux intérêts, il fallait veiller à la qualité du fonctionnaire (1); rien ne pouvait mieux stimuler la diligence de celui-ci que de lui attribuer une part des profits de son administration.

L'Interimswirt (2) devait comme équivalent des avantages qui lui étaient accordés incorporer au bien le Brautschatz qu'il apportait. Il possédait alors le bien à titre de Meier et l'administrait en son nom propre; d'où en vertu des idées régnantes on avait tiré cette conséquence que le nouvel époux ne pouvait entrer en fonctions qu'à la suite d'une Bemeierung du seigneur. C'était moins le mariage que la Bemeierung qui constituait son titre (3).

Le droit de l'Interimswirth se trouvait toutefois limité dans l'intérêt des enfants du premier lit, notamment de l'Anerbe éventuel, et soumis à un certain contrôle. Son administration (4) avait un terme, c'était soit la majorité, soit la 30^e année de l'Anerbe; après il avait droit à une pension, à la Leibzucht. Il ne tirait pas du bien des avantages purement personnels, il en recueillait au profit des siens; ses enfants avaient droit à un Brautschatz sur le bien, indépendamment de l'espoir de succéder au Meiergut en cas d'extinction des enfants du premier lit (5).

(1) D'où par exemple le droit d'intervention des autorités dans la désignation de l'héritier Anerbe. Ici l'on favorisait le remariage de la veuve afin d'avoir dans le second mari un administrateur du Hof plus habile et plus vigoureux. Les intérêts des enfants du premier lit venaient en seconde ligne, quoiqu'ils ne fussent pas négligés (*vide* texte *infra*); ce qu'il importait, c'était de maintenir une bonne exploitation.

(2) De plus l'Interimwirth avait à acquitter certaines des charges venant à échéance pendant son administration. Wittich, *op. cit.*, p. 54.

(3) Cf. Wittich, p. 39. Cependant une autre opinion avait déjà été soutenue.

(4) Les années d'administration s'appelaient Mahljahre. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 27; Wittich, p. 39.

(5) Wittich, *op. cit.*, p. 41; Grossmann, *loc. cit.*

L'Interimswirt n'était pas seul à pouvoir prétendre à la Leibzucht, tout Meier transmettant le Meiergut entre vifs à l'Anerbe la stipulait. Elle grevait le bien en qualité de charge foncière, aussi ne pouvait-elle être établie que du consentement du seigneur. Il fallait de plus une confirmation judiciaire du contrat de Leibzucht (Leibzuchtsvertrag), conformément au principe établi en matière de contrats concernant les paysans (1).

Le Meiergut était transmissible héréditairement dans la famille du Meier ; nous avons vu dans quelles circonstances cette hérédité avait fait son apparition (2). Le cercle des successibles était plus étroit au Nord (3) qu'au Sud du Hanovre ; n'étaient d'ailleurs aptes à succéder que ceux qui étaient capables (4) d'exploiter le Meiergut, c'était au seigneur qui alléguait l'incapacité d'un Meier à en faire la preuve.

Le Meiergut constituait un bien clos, il ne pouvait pas être apporté de modifications à sa consistance, il était indivisible, il ne pouvait être attribué qu'à un seul des successibles du Meier ; « le paysan n'a qu'un enfant », dit le proverbe (5). Le successible c'était l'Anerbe (6). L'Anerbe

(1) Cf. *suprà*. Cette Leibzucht consistait en un droit d'habitation, en droits d'usage et en prestations en nature. Certaines règles avaient été posées pour empêcher l'endettement du bien, les retraits prématurés de Meier encore vigoureux. Dans bon nombre de régions ce n'était qu'exceptionnellement que le Meier pouvait se retirer avant l'âge de 60 ans. Cf. Wittich, *op. cit.*, p. 43 ; Grossmann, *loc. cit.*

(2) Cf. *suprà*, p. 362.

(3) Il ne comprenait ici que les descendants du premier Meier. Wittich, *op. cit.*, p. 45. Il semble que tel ait été le droit du Meierrecht à l'origine. Cf. Pfeiffer, *Das Meierrecht*, 1848, p. 205 et seq.

(4) On faisait exception au profit des femmes et des mineurs. Wittich, *op. cit.*, p. 45.

(5) « Der Bauer hat nur ein Kind. »

(6) Etait Anerbe ici la personne désignée par la loi ou par la coutume, là celui qu'avait choisi le Meier et à défaut du Meier le seigneur. Wittich, *op. cit.*, p. 46.

recueillait seul en règle le Meiergut ; les autres cohéritiers n'y avaient aucun droit, partant point de soultes à leur payer de ce fait (1). Le principe n'était pas sans exceptions (2) ; mais en recevant une indemnité les cohéritiers perdaient tout droit éventuel de succession (3). Là où ils ne recueillaient pas de soultes, ils conservaient ce droit ; toutefois leur qualité d'enfants du Meier leur permettait de prétendre à certains avantages ; entre autres le droit d'entretien et d'éducation sur le Hof jusqu'à leur 14^e année, le droit d'entretien en cas de maladie ou d'incapacité de travail (4) et cela leur vie durant si besoin en était.

L'Anerbe recevait en plus du Meiergut la plus grande partie de la fortune allodiale (5), mais comme ses cohéritiers avaient là-dessus les mêmes droits que lui, il devait les dédommager. Il le faisait sous forme de soultes (Abfindungen, Brautschätze (6) ; lui, recueillait en fait la plus

(1) Le Meiergut n'était pas en effet la propriété du Meier, le propriétaire c'était le seigneur ; aussi n'y avait-il pas à tenir compte pour le règlement des successions de cet élément extra-patrimonial qui constituait le Meiergut. On a dit que l'avantage de l'Anerbe était la traduction toute naturelle du fait que le Meiergut n'était pas la propriété du Meier Cf. Knapp, *Grundherrschaft und Rittergut*, 1897, p. 96. *A fortiori*, à l'époque, où la notion de bail dominant encore, l'hérédité du Meiergut n'était pas de droit. Cf. *suprà*, p. 363.

(2) Braunschweig-Wolfenbüttel, Comté d'Hoya-Diepholz, duché de Brême. Cf. Wittich, *op. cit.*, pp. 48 et 49.

(3) Cf. pour la critique de cette opinion, Pfeiffer, *op. cit.*, p. 277.

(4) En revanche leur part de succession revenait au possesseur du Hof. Wittich, *op. cit.*, pp. 49, 56.

(5) Les bâtiments par exemple.

(6) Les lois locales contenaient la plupart des principes détaillés sur la fixation des divers éléments de la fortune allodiale du Meier, notamment sur les éléments allodiaux incorporés au Meiergut devant entrer en ligne de compte pour le calcul des Brautschätze. C'était là l'occasion de nouveaux avantages en faveur de l'Anerbe. Les éléments allodiaux incorporés ne figuraient que pour une part infime dans le calcul des Brautschätze (cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 28 ; Wittich, *op. cit.*, p. 54). Du surplus des alleux, on déduisait les dettes existantes, avant de faire

grande partie de l'actif, il supportait en revanche la charge du passif (1). La dette résultant du Brautschatz s'éteignait (2) lorsque le créancier de la soultte mourait célibataire. Après acquittement de son Brautschatz, le créancier majeur devait quitter le Hof lorsque le nouveau Meier l'exigeait (3).

Les rapports de la famille des tenanciers avec le seigneur pouvaient finir de diverses manières, notamment par la dénonciation soit du Meier, soit du seigneur (4). Les lois avaient soumis l'exercice de ce droit à certaines restrictions ; les plus intéressantes historiquement et les plus importantes dans leurs conséquences heureuses sont celles apportées au droit du seigneur. Les cas d'Abmeierung étaient énumérés par la loi (5) et l'Abmeierung se deman-

entrer ce surplus en ligne de compte pour la fixation des Brautschätze (cf. Grossmann, *loc. cit.* ; Wittich, *op. cit.*, p. 55). Ces Brautschätze ne consistaient pas seulement en argent, elles pouvaient être acquittées en nature ; des termes étaient fixés pour leur acquittement en vue d'éviter une surcharge du Hof, que le seigneur aurait pu d'ailleurs empêcher en refusant son consentement à l'établissement de Brautschätze trop élevés (cf. *suprà*, p. 372). Le seigneur ne pouvait toutefois pas en cette matière refuser arbitrairement son autorisation (Wittich, *op. cit.*, p. 56).

(1) Lorsque la transmission avait lieu entre vifs par voie de Hofesübergabe le transmettant (Uebergeber) stipulait du nouveau Meier (Uebernehmer) une Leibzucht. Sur les acquisitions ultérieures du transmettant, les cohéritiers avaient des droits égaux ; en fait le Brautschatz constituait le seul droit des frères et sœurs du Meier. Pour arriver à ce résultat, les juristes hanovriens avaient vu dans la Hofesübergabe une *successio anticipata* à certains éléments du patrimoine, partie de la succession universelle que laissait le titulaire de la Leibzucht. Sur la possibilité de la conception de la *successio anticipata* en droit germanique actuel, cf. Gerber-Cosack, *Grundzüge*, § 302.

(2) Sauf dans les duchés de Bremen et de Verden et dans la principauté de Lüneburg.

(3) Cf. quant au droit de rester sur le Hof des cohéritiers infirmes, *suprà*, p. 376.

(4) Autres cas : extinction de la famille, vente du Meiergut.

(5) Détérioration du bien par la faute du Meier, non-paiement du cens, aliénation faite sans consentement du seigneur.

dait par voie d'action (1). Le triomphe du seigneur entraînait la perte du Meiergut pour toute la famille du Meier. Le seigneur avait toutefois à restituer la valeur des éléments allodiaux incorporés dans le Meiergut (2). L'obligation où se trouvait le seigneur de pourvoir immédiatement au remplacement du Meier expulsé, rendait le Bauernlegen impossible en Hanovre et là où les lois semblaient le permettre, la pratique administrative ou judiciaire s'y opposait.

Le Meiergut était en Hanovre la tenure la plus importante, tous les autres rapports de l'homme et de la terre avaient fini par se régler sur le modèle offert par le Meierrecht ; l'imitation fut plus ou moins volontaire ; au XVIII^e siècle, elle était à peu près complète.

Les biens libres (3) eux-mêmes avaient suivi le mouvement, de même les tenures laissant un champ plus libre à la liberté de leurs titulaires (4) (Erbzinsartige Besitzrechte) (5), de même celles appartenant à des paysans encore dans les liens du servage, qui avait, il est vrai, beaucoup dépouillé de son caractère personnel (6). Finalement tous les Bauerngüter avaient un régime sensiblement égal ; l'État revendiqua même une sorte de droit éminent sur les Bauerngüter au sens juridique à l'égard desquels un semblable droit n'avait jamais existé, et il le revendiqua en vertu de sa puissance publique : le Bauerngut était un objet d'intérêt général. On enleva aux divers modes d'adaptation de la terre leur contenu propre pour les rem-

(1) *Abmeierungsklage*.

(2) Wittich, *op. cit.*, pp. 59 et 60.

(3) Au nombre des biens libres figuraient les Erbgüter.

(4) Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 37 et seq.

(5) Wittich, p. 62 et seq. Et fiefs de paysans, Bauernlehen.

(6) Grossmann, *op. cit.*, p. 29 et seq. ; Wittich, *op. cit.*, p. 66. Cf. notamment sur la Halseigenschaft de Hildesheim, Wittich, *op. cit.*, p. 222 et seq.

placer par les règles du Meierrecht qui leur étaient complètement étrangères (1).

Telle était l'organisation foncière en Hanovre au XVIII^e siècle (2) et elle ne manquait pas d'admirateurs ; à la fin du siècle dernier, Justus Möser ne lui ménageait pas ses éloges dans ses « Fantaisies patriotiques ». Il la trouvait conforme au développement historique et à la nature des choses, il en rêvait le complet épanouissement (3).

La situation était sensiblement la même en Westphalie ; là comme en Hanovre (4) le faire-valoir noble n'avait pas une grande importance économique ; la propriété noble était bien plutôt la base de redevances foncières et seigneuriales considérables (5) ; comme en Hanovre c'était le Bauerngut qui jouait dans l'organisation agraire le rôle important. On en distinguait diverses catégories.

Le Meiergut proprement dit (6) ou par assimilation (7),

(1) Anerbenrecht, Interimswirtschaft, etc. Cf. Wittich, *op. cit.*, pp. 70, 71. Là où il n'y avait pas de Bauerngut, on aboutit souvent au même résultat par la prescription de la Geschlossenheit. Il est juste d'ailleurs de reconnaître qu'il y eut parfois adoption libre (conventionnelle) des principes du Meierrecht. Leur répétition créa une coutume. Cf. sur deux cas caractéristiques d'intervention de l'Etat en Hanovre, *suprà*, pp. 366, 368. Cf. également, Grossmann, *op. cit.*, p. 38. Ordonnance du 8 avril 1766 pour le comté d'Hoya décidant que tous les Bauerngüter libres seraient en matière d'Anerbenrecht traités comme les Bauerngüter soumis au Meierrecht. Dans l'Amt d'Ilten (l'Amt était une division administrative hanovrienne) il semble bien qu'il y ait eu pour des biens libres un Anerbenrecht purement coutumier. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 38.

(2) Cf. un bon résumé dans Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 275.

(3) Cf. le très intéressant article de M. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 268. *Die Agrarreform in Preussen. Justus Möser, der Vater der neuesten preussischen Agrarreform*. Cf. principalement, p. 289 et seq.

(4) Cf. *suprà*, p. 369.

(5) Les juridictions patrimoniales étaient rares également. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 28.

(6) A Paderborn et à Corvey principalement.

(7) Colons du duché de Westphalie, locataires perpétuels du Münsterland, etc... Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 43.

tenait une place considérable en Westphalie ; sa structure était généralement semblable à celle du Meiergut hanovrien. La tenure se transmettait d'après les principes de l'Anerbenrecht à un seul héritier ; toutefois les règles du droit Westphalien en matière de Brautschätze s'écartaient du droit commun suivi en Hanovre (1). On devait calculer ces Brautschätze non seulement sur la fortune allodiale mais encore sur le Meiergut (2). La solution toutefois n'était pas générale, dans le duché de Westphalie et dans l'évêché de Münster la fortune allodiale seule entrait en ligne de compte pour le calcul des Brautschätze, c'était une innovation de date récente introduite par la pratique judiciaire (3), vraisemblablement sous l'influence du Meierrecht hanovrien.

Il y avait également en Westphalie des vestiges de l'ancienne Villikationsverfassung ; dans les Hobsgüter (4) dont les titulaires avaient à peu près complètement recouvré la liberté personnelle et ne se trouvaient ni plus ni moins vinculés dans la faculté de disposer de leurs biens que les Meier, dans les Eigenbehörige Güter dont

(1) *Suprà*, p. 367.

(2) En faveur de cette solution et avec beaucoup d'énergie, Wigand, *Paderborn*, I, p. 127 et seq. L'auteur qualifie le Brautschatz accordé aux enfants, d'après la conception opposée à la sienne, d'aumône. Cf. Frommhold, *Die rechtliche Natur des Anerbenrechts nach der neuesten deutschen Hofegesetzgebung und das Verhältniss desselben zu dem alterem bauerlichen Anerbenrecht*, Breslau, 1885 (*Inaugural Dissertation*, p. 44).

(3) Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, pp. 46, 47, 48.

(4) Ils devaient payer le mortuarium. Cf. sur les Hobsgüter, Comte de Spee, *op. cit.*, p. 29 et seq. Bon nombre de décisions judiciaires du XVIII^e siècle ont vu dans les Hobsgüter des biens allodiaux. Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 30, texte et note 2. C'est un point de vue que l'on ne peut admettre qu'avec beaucoup de complaisance. Car les prétendus propriétaires qu'étaient les titulaires d'Hobsgüter étaient singulièrement vinculés, sans parler des charges pesant sur eux à raison de leur soi-disant propriété.

les tenanciers avaient une condition personnelle bien moins favorable, encore qu'elle ait subi au cours des temps maints adoucissements (1). Les biens libres de date récente ou ancienne qui se rencontraient çà et là en Westphalie se voyaient appliquer le même régime juridique que les tenures. En raison des charges publiques qui pesaient sur eux ils étaient soumis à une *Gebundenheit* en règle ne laissant que fort peu au droit de disposition de leurs propriétaires (2).

Dans la Hesse il y avait eu un développement analogue à celui que nous avons constaté dans la plaine saxonne. A la *hofrechliche Leihe*, tenure servile dont les seigneurs et les monastères firent usage pour mettre en valeur les immenses propriétés qu'ils possédaient, vinrent s'ajouter à partir des XII^e et XIII^e siècles des tenures de valeur inégale au point de vue des droits de leurs titulaires, la *Landsiedelleihe* non héréditaire et la *Leihe zu Walddrecht*, celle-ci transmissible aux héritiers, toutes avec un but identique ; défricher le sol alors couvert de grandes forêts (3). Dans la *Leihe zu Walddrecht* les lettres de

(1) Les *Eigenthumsordnungen* du XVIII^e siècle contiennent encore des prescriptions très rigoureuses, mais en raison de leur valeur subsidiaire peut-être n'étaient-elles pas appliquées. En ce sens, Comte de Spee, *op. cit.*, p. 35. — *Contrà*, Riehl, *Westphälisches Bauernrecht* (*Erbund Familienrecht*), Minden, 1896. D'après la description qu'en a faite l'auteur, la condition d'une famille d'*Eigenbehörige* était certainement des moins enviables au XVIII^e siècle, Cf. I^{re} partie, I^{re} section, § 2 (*Lebensbild einer eigenbehörigen Bauernfamilie im Minden Ravensbergschen, etc...*).

(2) Cf. Riehl, *op. cit.*, IV, Die Klasse der Vollen. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 52 et seq. Toutefois, il convient de remarquer que la coutume de l'*Anerbe* fonctionnait là même où les biens libres n'étaient soumis à aucune *Gebundenheit*, par exemple à Paderborn, Wigand, *op. cit.*, I, p. 161.

(3) Celles-ci couvrent aujourd'hui encore une superficie considérable du ressort de l'*Oberlandesgericht* de Cassel.

concession défendaient le partage de la tenure à la mort du concessionnaire ; il ne semble pas toutefois que l'on n'ait pas tenu compte de la valeur du bien lors de la fixation des soultes à attribuer aux frères et sœurs de l'héritier. Il en était autrement, ainsi que nous l'avons vu (1), au Nord de la plaine saxonne (2). Ces deux dernières formes de *Leihe* tendirent à remplacer la première, mais sans la supplanter ; toutefois le servage ici comme ailleurs se trouva beaucoup adouci. La *Landsiedelleihe* devint héréditaire à partir des XIV^e et XV^e siècles, et les lettres de concession prohibèrent ici comme en matière de *Leihe zu Walldrecht* le partage successoral du bien entre les enfants du tenancier (3).

A partir du XVI^e siècle lorsque la souveraineté locale eut acquis une autorité suffisante commença la série des *Hufenedikte* sur les *Bauerngüter* ; ceux-ci furent déclarés indivisibles (*Güterschluss*). Les *Hufenedikte* n'innovaient pas ; ils constataient la *Geschlossenheit* et la confirmaient dans un intérêt fiscal. Le *Bauerngut* avait à supporter tout le poids des charges publiques, il importait de le maintenir intégralement. La prescription de l'indivisibilité très générale (4) se précisa à la fin du XVIII^e siècle en un *Anerbenrecht* légal (5).

(1) Cf. *suprà*, p. 376.

(2) Cf. sur tous ces points, Holzapfel, *op. cit.*, p. 55 et seq.

(3) Holzapfel, *op. cit.*, p. 59.

(4) Elle prohibait le morcellement entre vifs comme à cause de mort.

(5) Cf. ordonnance du 19 novembre 1773 pour l'Althessen. Cette ordonnance qui établissait des dispositions sévères sur la fixation de la *Leibzucht* des parents et les soultes à fournir aux cohéritiers en vue d'avantager l'*Anerbe*, échoua devant les résistances des populations. Après certains adoucissements insuffisants, elle fut enfin abolie dans ses dispositions essentielles par l'ordonnance du 21 avril 1786, Cf. Holzapfel, *op. cit.*, pp. 64 et 65. Celle-ci maintenait l'*Anerbenrecht*, mais sous une forme qui répondait aux vues des populations.

Dans le Sud de la Bavière l'évolution fut sensiblement la même qu'au Nord, à l'Ouest et au centre de l'Allemagne. Les droits seigneuriaux jouèrent (1) aussi un rôle prépondérant dans l'organisation de la propriété paysanne et dans les particularités qu'elle présentait au point de vue du droit de disposer. Il était de l'intérêt du seigneur d'éviter le morcellement des tenures qui eût pu nuire à la régularité des prestations à fournir par les tenanciers, parfois compromettre les prestations elles-mêmes (2). Il y avait plusieurs sortes de tenures; en droit une seule était pleinement héréditaire, en fait toutes l'étaient (3). La transmission avait lieu au profit d'un seul, l'Anerbe, sur la désignation duquel le seigneur exerçait un contrôle efficace en vertu de son droit de récusation (4) (*Rekursionsrecht*).

Les souverains renouvelèrent dans leur intérêt les prohibitions de morcellement qu'avaient édictées les seigneurs dans le leur. La première de ces prohibitions est contenue dans la *Polizeiordnung* de 1616 (IV, titre 12, art. 8). A la fin du XVIII^e siècle les vues du gouvernement avaient changé (5), sous l'influence des théories alors en

(1) Les tenures relevant des seigneurs ne formaient pas davantage en Bavière un tout cohérent. Cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, pp. 240 et 241.

(2) Comme le fait remarquer M. Fick, les corvées d'attelage jouaient un rôle important, p. 289.

Il était parfois à ce point de vue de l'intérêt des paysans de ne pas partager; car ces corvées d'attelage n'étaient pas fixes, elles étaient dues par toute exploitation. Avec la transmission intégrale un seul des héritiers avait à fournir ces corvées d'attelage. Cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, pp. 416 et 417. Cf. également introduction au livre de Fick, pp. XXI et XXII.

(3) Fick, *op. cit.*, pp. 21, 22, 23; Brentano, *op. cit.*, p. 424 et 425.

(4) Cf. Fick, *op. cit.*, p. 27.

(5) Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 420. Cf. Introduction à l'ouvrage de Fick, p. XXV.

vigueur il y eut des Verordnungen supprimant la Geschlossenheit (1).

Nous avons vu dans les pages qui précèdent comment d'un point de départ commun on peut aboutir à des résultats aussi différents que le règlement des successions immobilières par un partage en nature et leur règlement par une transmission intégrale avec rupture d'égalité ; nous avons noté les étapes de ce double développement historique dans leur traduction juridique, les lois et les coutumes. Pourquoi les unes et les autres ont-elles été différentes ici de ce qu'elles ont été là ; sous quelle influence s'est développé l'Anerbenrecht, sous quelle in-

(1) Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 413. Verordnungen de 1762 et 1772.

Une question controversée est celle de la portée du paragraphe 53, art. 14, part. III, ch. I du Code Maximilien ; M. Gierke (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 222) le considère comme applicable aux biens de paysan. Cf. Roth, *Bayrisches Civilrecht*, Tübingen, 1875, III, p. 613 et note 26, p. 614 et note 27. Cf. p. 738, note 52. En sens contraire Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, pp. 411 et 412. L'explication que donne M. Brentano des mots « im leidentlichen Anschlag » ne me paraît pas satisfaisante. L'expression a un sens technique et cache un Anerbenrecht avec un préciput déguisé. Cf. par exemple Holsche, *Historisch-topographisch-statistische Beschreibung der Grafschaft Tecklenburg*, Berlin u. Frankfurt, 1788, p. 208. On ne saurait donc l'invoquer à l'encontre de l'Anerbenrecht. La vérité est que la législation civile bavaroise des siècles passés était faite surtout dans l'intérêt de la noblesse (Cf. Mandat bavarois de 1672, Brentano, *op. cit.*, p. 410 et Introduction à Fick, p. XVII. Cf. Hoffmann, *Das Recht des Adels und der Fideikomisse in Bayern*, p. 8) ; le paragraphe 14 du Code Maximilien ne déroge pas à la règle. Les paysans, eux, vivaient sous le Hofrecht. Cf. Fick, *op. cit.*, p. 18. Cf. sur les Landeskulturmandate favorisant le morcellement. Fick, *op. cit.*, p. 33 et sq. ; Brentano, *op. cit.*, p. 422.

En admettant que la disposition du Landrecht s'étendit aux biens du paysan, l'application n'en aurait été que de courte durée ; 6 années au plus. Le premier Landeskulturmandat date en effet du 24 mars 1762. Cf. Fick, *loc. cit.*

fluence la *Naturaltheilung*, c'est ce qu'il nous faut étudier maintenant (1).

Il est une influence que nous n'avons pas pu céler au cours de notre exposition ; elle fait en quelque sorte corps avec elle, c'est l'influence du régime seigneurial, de la *Grundherrschaft* ; c'est la forme que celle-ci a donnée à ses exigences qui a, semble-t-il, décidé du sens de l'évolution. Là où elle s'est contentée de l'institution de la *Tärgerei* le morcellement a été chose facile, d'autant plus qu'il répondait à l'esprit égalitaire des lois germaniques ; là où elle a exigé non plus seulement l'indivisibilité des prestations (notamment du cens), mais de la tenure elle-même chargée de leur acquittement, on devait aboutir à la transmission intégrale, à l'*Anerbenrecht*. Mais les seigneurs se sont-ils arbitrairement décidés pour l'un ou l'autre système, n'ont-ils eu en vue que leur seul intérêt, n'ont-ils considéré que leurs seules commodités ? L'*Anerbenrecht*, car c'est son procès que l'on instruit principalement, n'est-il en d'autres termes qu'un produit féodal ? Quelle a été l'influence de l'État lorsqu'il a pris en mains la cause de l'*Anerbenrecht* ? Celui-ci n'est-il que le résultat d'une organisation sociale où la liberté est absente ?

(1) La question joue un grand rôle actuellement dans toutes les discussions relatives à l'*Anerbenrecht* ; je dirai presque qu'elle est d'actualité, surtout depuis les critiques alertes et vives qu'a faites M. Brentano de la théorie régnante. Aussi les rédacteurs de l'enquête sur la transmission successorale des immeubles ruraux dans le royaume de Prusse consacrent-ils à cette question bon nombre de pages. Elle n'a pas un intérêt purement théorique ; il s'agit de mesurer en quelque sorte le degré de vitalité des coutumes de transmission intégrale existant encore en Allemagne. Ne sont-ce que les débris vénérables d'époques disparues, les vestiges d'un grand tout, qui s'appelaient la *Grundherrschaft* régime foncier féodal ; ou n'ont-elles pas des attaches profondes dans l'âme germanique justifiant une intervention législative leur donnant force de loi ? Autant de questions importantes qui expliquent l'intérêt qu'on leur accorde.

Juristes, économistes et politiques allemands sont divisés sur la question ; entre les partis extrêmes se prononçant soit pour l'affirmative (1) soit pour la négative il y a place pour toute une gamme d'opinions intermédiaires, attribuant l'origine et le développement de l'institution, à un concours de circonstances, à une pluralité de causes.

D'après Waldeck (2), l'Anerbenrecht n'est qu'une conséquence du régime féodal ; il est né sous l'influence des besoins seigneuriaux et pour la garantie des intérêts fiscaux de l'État. Schulze (3) écrit « la transmission intégrale en matière de Bauerngüter qui se rencontre encore aujourd'hui doit être considérée dans la plupart des cas comme un résidu des dispositions du Hofrecht d'autrefois ». D'après M. Frommhold, l'Anerbenrecht est né au moyen âge en même temps que le régime seigneurial ou peu après (4). « De bonne heure, écrit M. W. Meyer, le seigneur aura fait en sorte d'assurer, par ses prescriptions sur la transmission successorale et l'endettement, le maintien des Höfe concédés dans leur intégrité et sans dettes. Les prohibitions d'aliéner et d'engager le bien formaient lors de chaque concession un élément des conditions fixées se répétant sans cesse. Mais à côté de l'intérêt du seigneur apparut avec les besoins croissants de l'État, l'intérêt public. En particulier l'on devait pour des considérations

(1) Les partisans de cette opinion ne sont pas en général favorables à l'Anerbenrecht, mais il y a des exceptions ; car beaucoup de bons esprits en Allemagne n'hésitent pas à emprunter aux organismes sociaux disparus les bons éléments qu'ils contiennent à leurs avis.

(2) *Ueber das bauerliche Erbfolgegesetz in der Provinz Westphalen*. Arnsberg, 1841, pp. 8, 10.

(3) *Erstgeburt*, p. 210.

(4) Frommhold, *Inaugural-Dissertation*, notamment p. 10. Nous avons vu que M. Frommhold avait cherché depuis à attribuer à l'Anerbenrecht une origine plus ancienne, mais en vain selon nous. Cf. *suprà*, p. 344. Cf. également, sur la prétendue existence de l'Anerbenrecht à l'époque germanique, p. 342, note 1.

fiscales chercher à maintenir les Bauernhöfe en état de fournir leurs prestations. Car la classe des paysans était depuis le premier moyen âge jusque très avant dans les temps modernes la source principale des revenus de l'État, tandis que les autres classes, noblesse et habitants des villes, avaient su, dans une large mesure, écarter d'elles toute charge (1). »

C'est l'impression qui se dégage également de l'étude de M. Wittich, et l'auteur prend soin çà et là de la confirmer dans les appréciations qu'il consacre aux institutions étudiées. « Aujourd'hui, dit-il, comme conclusion de ses travaux (2), la Grundherrschaft a disparu en Basse-Saxe et en Westphalie, mais la constitution agraire actuelle de ces vastes régions est l'œuvre qu'elle nous a laissée. Le Meiergut bas-saxon certainement, le Latengut westphalien très vraisemblablement ont été *créés* par le seigneur. C'est aux efforts réunis du seigneur et de l'État que l'on doit le maintien de la consistance de ces biens jusqu'à nos jours. »

On ne trouve pas une autre opinion dans un document officiel, les motifs de la loi d'introduction au code civil (3), « l'Anerbenrecht est un résultat du Hofrecht et des droits territoriaux du moyen âge, il a sa base dans l'intérêt du seigneur et du souverain au maintien d'une classe de paysans capable d'acquitter les cens, dîmes, corvées. La famille paysanne était là en raison du bien et non le bien

(1) W. Meyer, *Teilungsverbot, Anerbenrecht und Beschränkung der Brautschätze beim bäuerlichen Grundbesitze Lippes*. Berlin, 1895, p. 6.

(2) Cf. également entre autres passages, p. 80, p. 411. Cf. aussi toute la première partie de l'ouvrage de Riehl, *Westfälisches Bauernrecht*. De Loynes, *Rapport à la réunion annuelle de la Société d'économie sociale sur le foyer ou le bien de famille* (30 mai 1891). 4^e fascicule de l'enquête sur l'Etat des familles et l'application des lois de succession, pp. 10, 11 et 12.

(3) *Materialien zu dem 3. Abschnitte des Entwurfes eines Einführungs-gesetzes zum B. G. B.* Berlin, 1896, p. 24.

en raison d'elle. Le bien ne restait susceptible d'accomplir ses prestations (prästationsfähig), que quand il se transmettait intégralement ; par suite en matière de succession, un seul de plusieurs héritiers recueillait le bien. Plus tard s'ajouta sans doute aussi le point de vue qu'une telle transmission était dans l'intérêt de la famille paysanne et de la prospérité générale. Mais tout d'abord et pour longtemps cette pensée figurait à l'arrière-plan ; les intérêts fiscaux et seigneuriaux l'emportaient ».

Des divers auteurs qui ont écrit sur la question de l'Anerbenrecht aucun plus que M. Brentano n'a insisté sur les origines féodales de l'institution. Il a rompu des lances à cet égard et des meilleures avec ceux qui oubliant les dispositions formelles des *leges Barbarorum* y voulaient voir un Anerbenrecht plus ou moins formé (1). « Il est surprenant, écrit M. Brentano (2), de voir combien le

(1) Cf. *suprà*, p. 342, note 1.

(2) *Gesammelte Aufsätze*, p. 414 et seq. *Zur Geschichte des bäuerlichen Erbrechts in Altbayern*. Cf. *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, pp. 25, 41 et 53. Nous approuvons beaucoup moins les idées de M. Brentano lorsqu'il se refuse à admettre l'existence d'une Anerbensitte en Bavière avec rupture d'égalité. Quelle qu'en soit l'origine cette coutume ne saurait être méconnue, elle résulte de l'enquête faite dans ce pays par le ministère de justice à l'instigation de M. Brentano lui-même (année 1894). L'ouvrage de M. Fick est composé avec les résultats de cette enquête faite sous forme de questionnaires envoyés aux notaires ainsi qu'aux Amtsgerichte. Cf. Fick, *Einleitung*, p. 2 et seq. Voici quel était le questionnaire.

a) D'après la coutume régnante dans le Bezirk ou dans quelques-unes de ses parties les exploitations agricoles ou forestières pourvues d'une maison d'habitation sont-elles recueillies par un seul héritier ?

b) Cette transmission du bien à un seul est-elle organisée par contrat ou par acte de dernière volonté ou à défaut est-il dans les habitudes d'en convenir lors de la liquidation de la succession entre les cohéritiers ?

c) Est-il dans les pratiques en usage de calculer la valeur du bien transmis non pas d'après sa valeur vénale, mais plus bas, à peu près d'après le revenu qu'il donne (Ertragswert) et d'accorder en outre un préciput à l'Anerbe ? Dans quelle mesure la soulte à accorder en consé-

souvenir de ce fait que l'énorme majorité des Bauerngüter bavarois n'était pas, encore il y a 50 ans, possédés en pleine propriété, a disparu de la pensée des hommes. Et cependant la statistique de Krenner de 1760 nous montre qu'alors seulement 3,9 0/0 des Höfe, en possession de 7,361, soit 6,36 0/0, familles paysannes étaient libres. Que ces Höfe aient été de tout temps transmis en vertu d'un droit successoral égalitaire et fréquemment partagés en nature, c'est ce que montre leur étendue minime eu égard à celle des Höfe seigneuriaux ; l'étendue moyenne d'un Hof possédé en pleine propriété ne comportait qu'un 0,157 de Hof, c'est-à-dire entre 1/6 et 1/7 de Hof. D'après Rudhart il n'y avait même en 1825 que 3/20 des propriétés privées qui fussent libres. L'énorme majorité des paysans possédait ses biens comme serfs d'un seigneur (1).....

La dépendance seigneuriale (2) était bien plutôt la racine avant tout de la transmission intégrale des Bauerngüter et par suite tous les Landeskulturmandate de 1762, 1772 ; et de 1805 (3), édictés en vue du morcellement, devaient échouer aussi longtemps que la dépendance seigneuriale subsista. »

Le seigneur prit l'habitude de stipuler de ses tenanciers que le cens lui serait payé par un seul. Cela n'eût pas suffi pour créer la transmission intégrale si un autre élément du régime féodal en Bavière n'avait pas détournés ceux-ci du partage en nature, cet élément était les corvées, notamment les corvées d'attelage ou charrois à fournir au seigneur (Spanndienste). Avec le partage résultaient,

quence aux autres héritiers est-elle inférieure à leur part héréditaire ?

d) La coutume mentionnée est-elle oui ou non en décadence ?

Ce sont des points sur lesquels nous aurons occasion de revenir en parlant du mouvement actuel en Allemagne.

(1) *Hofmarschherr*.

(2) P. 415.

(3) Cf. *suprà*, p. 384, note 1.

comme le dit le commentateur (1) du Landrecht bavaïrois de 1616, « non solum in ipsis operis, sed etiam in aliis præstationibus dominicis infinitæ difficultates, rixæ et tricæ. » Le commentateur se plaçait au point de vue seigneurial; les paysans avaient intérêt à n'y pas contredire, car en évitant le morcellement du Hof ils limitaient les prétentions seigneuriales relativement aux corvées; celles-ci étaient en effet indéterminées et dues en totalité par toute exploitation indépendante (Sonderbarer Rauch) (2). Là où les charrois étaient déterminés, les seigneurs s'opposèrent néanmoins au morcellement. Une autre cause de la Geschlossenheit des Höfe fut à partir d'une certaine époque le mode d'assiette et de répartition des impôts; mais ce mode n'était lui-même qu'une conséquence du régime seigneurial. Les Höfe se trouvaient en effet répartis en diverses catégories d'après leur étendue (Hoffuss) (3); or on levait les impôts d'après le Hoffuss. C'est ce Hoffuss que la bureaucratie chercha à maintenir pour sa plus grande commodité, et elle n'y réussit que trop bien (4). Au XVII^e siècle apparurent les Güterzerstrümmerungsverbote prohibitions de morceler proprement dits (5). Leur but était très exactement indiqué par les juristes que Kreittmayer (6) citait dans ses Anmerkungen; elles voulaient pallier aux « incommoda, quæ principi ratione tributorum, Magistratibus

(1) Baron Schmid, cf. Fick, *op. cit.*, p. 29, note 2.

(2) Brentano, *op. cit.*, pp. 416 et 417.

(3) Höfe entiers, moitié de Höfe ou Huben, 1/4 de Höfe ou Lehen, 8^e de Höfe ou Halblehen, Bausölden, Hofstetten, 16^e de Höfe ou Kobel, Häusl, Sölden. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 417.

(4) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 419, texte et note 2. En 1771 la Steuerinstruktion de 1612 était encore en vigueur. Cf. Brentano, *op. cit.*, note 2.

(5) Sur la portée des Güterzerstrümmerungsverbote (prohibitions de morceler les biens) antérieurs. Cf. Brentano, p. 419.

(6) Auteur du Code Maximilien et commentateur autorisé de ce Code.

ratione jurisdictionis, dominis ratione census, canonum, servitiorum afferuntur (1) ». Comme contre-épreuve de l'exactitude de son opinion, M. Brentano a fait remarquer que tant que subsistèrent l'immuabilité du cadastre des impôts et l'organisation foncière féodale les Landeskulturmandate sur le morcellement des biens de paysans trop étendus restèrent sans effet. La réforme financière du début du siècle elle-même qui adoptait une autre base de la répartition des impôts que le Hoffuss demeura à cet égard sans résultats tant que le régime féodal demeura de fait en vigueur (2). Ce n'est que depuis sa suppression que les idées des populations peuvent se donner carrière,

(1) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 421.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 422. Pour le détail des manifestations de l'influence féodale, cf. pp. 427, 429 (passage très curieux de Rottmanner, *Unterricht eines alten Beamten an junge Beamte, Kandidaten und Praktikanten*, Linz, 1783, II, p. 87), sur l'intérêt qu'avait le seigneur et ses fonctionnaires à faire épouser à ses paysans de riches héritières fussent-elles âgées. « Es ist dies für die Herrschaft, für mich und meine Schreiber, selbst für den Amtmann weit nützlicher. Ein alter Majer oder Majerin stirbt natürlicher Weise eher als ein junger; es gibt also mehr Gutsveränderungen und Laudemien. Ein junger Mann erzeugt bei einem alten Weibe keine Kinder; das Gut wird also mit Kindern nit beschweret und wird der Herrschaft leichter heimfällig. Es entstehen in meinem Gerichte mehr Irrungen und Streitigkeiten, und selbst mehr Ehebrüche, wovon jeder hundert Pfund Pfennige ein trägt. » Sur les procédés employés pour déterminer la conclusion de semblables mariages si lucratifs pour le seigneur et ses hommes de loi, cf. Rottmanner, *hoc loco*, cf. également p. 432, influence du régime seigneurial sur la substitution du majorat au minorat comme règle de la dévolution paysanne, sur le taux des Austräge à fournir aux parents qui se retirent). Cf. encore le résumé de l'article, p. 439. M. Gierke, un des plus chauds partisans de l'Anerbenrecht, ne nie pas l'influence de l'Hofrecht sur la formation de la transmission intégrale. Il se contente de plaider les circonstances atténuantes, le Hofrecht n'est pas une législation dont l'histoire du droit allemand ait à rougir, il a permis l'attribution de la terre originellement concentrée entre les mains de quelques-uns à un plus grand nombre de bénéficiaires. Cf. *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 223.

or que voit-on ? Une très forte diminution des anciennes pratiques imposées par la féodalité (1). N'est-ce pas une preuve de l'influence décisive qu'exerçait autrefois la contrainte sur leur rigoureuse application ?

Cette preuve de l'influence féodale, admise par tous les auteurs dont nous venons de rapporter l'opinion et par d'autres encore (2), semble recevoir une confirmation importante de constatations sur lesquelles il convient de nous arrêter un peu.

Les pays de transmission intégrale ne forment pas un tout absolument compact (3), il y a des ilots de Realtheilung au milieu des régions d'Anerbenrecht sans parler des empiètements que les régions de Realtheilung peuvent faire sur les pays où règne la transmission intégrale. Or nous voyons fréquemment que dans ces ilots le régime des terres a été historiquement beaucoup plus libre que dans les pays pratiquant exclusivement l'Anerbenrecht. Dans la principauté de Siegen (4) les paysans commencè-

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 440. Nous ne faisons qu'indiquer ici l'argument que nous aurons à reprendre sous une autre forme lorsque nous étudierons l'avenir de l'Anerbenrecht.

(2) Entre autres M. Miaskowski, *Das Erbrecht und die Grundeigenthumsvertheilung im Deutschen Reiche*, t. I, pp. 79, 112 et 113, 116, 117, 181 et 182, t. II, pp. 239, 241. Fick, *op. cit.*, p. 289, qui insiste (p. 279) sur l'intérêt fiscal qu'avaient les seigneurs à la transmission intégrale sans rupture immédiate d'égalité ; on multipliait ainsi les transmissions et ce phénomène juridique avait une traduction pécuniaire à laquelle les seigneurs ne pouvaient pas être indifférents ; on augmentait ainsi les perceptions de laudemium. Le bien passait d'abord du père aux fils par parts égales ; l'indivisibilité du bien contraignant les enfants à faire cession de leurs parts à l'Anerbe, autant de cessions, autant de portions de laudemium. Les fonctionnaires seigneuriaux habiles savaient, en pareille hypothèse, voir quatre transmissions. Cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*.

(3) Cf. *suprà*, p. 340.

(4) Formant la plus grande partie du Kreis de Siegen au sud de la rovince prussienne de Westphalie.

rent à partir du XIII^e siècle à posséder la plus grande partie de leurs terres en propriété (1) ; au XV^e siècle, il ne restait plus dans la région que quelques traces du servage (2).

Les biens libres (Erbzinsgüter ou Zinsgüter) étaient partagés également entre les héritiers, ils étaient de beaucoup les plus nombreux. Au contraire les autres biens (Erb-lehngüter) sur lesquels les paysans n'avaient qu'un domaine utile, se transmettaient intégralement à un seul héritier (3). Même constatation de la liberté de la propriété et de son morcellement pour le Dillenburg (4), pour les Erbzinsgüter ou Köttergüter de la principauté de Paderborn (5), de l'abbaye de Corvey (6). Non moins importante est la remarque fréquemment faite que le relâchement des droits du seigneur, leur suppression ont eu un contre-coup immédiat sur les pratiques de transmission intégrale (7), contre-coup nullement favorable à celle-ci.

Toutefois nous ne saurions admettre que l'Anerben-

(1) Arnoldi, *Geschichte der Oranien Nassauischen Länder und ihrer Regenten*, I, p. 240 et seq.

(2) Arnoldi, *op. cit.*, III^e partie, p. 15.

(3) Cependant il y avait une transmission intégrale des petits Ziusgüter. Cf. sur tous ces points Dönniges, *Landeskulturge-setzgebung*. Berlin, 1845, II, p. 199, I, p. 114.

(4) Correspondant au Kreis actuel de Dillenburg.

(5) Wigand, *Paderborn*, I, 71.

(6) Wigand, *op. cit.*, p. 325. Cf. également l'ordonnance du 29 octobre 1565 pour la principauté d'Hildesheim, sur la distinction des *dienstpflichtige* Höfe et des *dientsfreie* Erbländereien dans Grossmann, *op. cit.*, pp. 22 et 23. M. Grossmann, quoique n'attribuant pas au régime seigneurial une influence exclusive en matière de transmission intégrale, écrit cependant, *op. cit.*, p. 190 : « On peut douter, que l'on en fût venu à une fixation légale des points spéciaux de l'Anerbeurecht si les seigneurs n'avaient pas eu à cela un intérêt considérable et si en suite de l'organisation féodale, les paysans n'avaient pas été dans la plus grande partie de la province (Hanovre) de simples usufruitiers de leurs biens au lieu d'en être les propriétaires. »

(7) Cf. *suprà*, p. 392.

recht soit un produit exclusivement féodal, l'explication serait en effet trop courte. Si la transmission intégrale n'avait pas d'autre origine que l'intérêt seigneurial nous devrions la rencontrer partout où une organisation semblable à celle qui a régné dans les régions d'Anerbenrecht, a existé (1). Or, il n'en est rien. Sur le Rhin, on pratiquait le partage en nature ; en Westphalie et en Hanovre, la transmission intégrale. Mais ici comme là le régime féodal fonctionnait et l'intérêt seigneurial trouvait son compte aux deux institutions opposées, la Naturaltheilung doublée de la Trägerei et l'Anerbenrecht (2).

Sans doute sur le Rhin la liberté des personnes et des biens était plus grande qu'ailleurs (3) et elle le fut plus tôt qu'ailleurs (4). Mais en Basse-Saxe la condition des per-

(1) C'est l'objection qu'ont présentée le baron de Freyberg-Jetzendorf dans son compte rendu de l'ouvrage de Fick, p. 20, et M. Sering, *Avant-propos sur la coutume de l'Anerbe* (dans la partie de l'enquête consacrée à l'Oberlandesgerichtsbezirk de Hamm, p. 1). A l'objection M. Brentano (*op. cit.*, p. 414, note 3) répond que les intérêts seigneuriaux n'étaient pas les mêmes partout et variaient avec les conditions d'exploitation. Cela est vrai quoique pas absolument (jusqu'au XVI^e siècle ; les conditions d'exploitation des domaines seigneuriaux furent partout sensiblement les mêmes plutôt organisées dans le sens de la perception de redevances acquittées par des tenanciers que dans le sens du faire-valoir direct, et cela se maintint même après le XVI^e siècle pour des régions importantes aussi différentes au point de vue qui nous occupe que le Hanovre. Cf. Wittich, *op. cit.*, § 1, et la région rhénane. Gothein, *op. cit.*, p. 256, il y avait peut-être toutefois plus de charrois en Hanovre) et prouve précisément qu'en dehors et au-dessus des intérêts seigneuriaux il y avait des considérations dominant ceux-ci et déterminant le sens de leur garantie. Or ces considérations n'ont pas disparu avec la féodalité ; le Bauernstand fait aujourd'hui pour lui-même ce que les seigneurs et l'Etat avaient fait autrefois avec des vues à peu près exclusivement personnelles, il est vrai. Cf. *infra*.

(2) Sering, *op. cit.*, p. 3.

(3) Gothein, *op. cit.*, pp. 244, 245 et seq., toutefois jusqu'à la Révolution française plus de la moitié de la propriété foncière se trouvait dans les liens du Hofrecht. Gothein, *op. cit.*, p. 247.

(4) Cf. *suprà*, pp. 367 et 368.

sonnes n'était pas en général moins bonne qu'elle n'était sur le Rhin et, en Westphalie, le servage ne se rencontrait principalement qu'au Nord (1). Ce qui est exact relativement au régime des biens, c'est que sur le Rhin les droits seigneuriaux dégénérèrent rapidement en simples droits réels grevant la tenure ; celle-ci eut, le plus souvent, le caractère d'une propriété grevée de charges (2) (Zinsgut). Dans les régions d'Anerbenrecht au contraire, les droits des paysans sur leurs tenures ne se transformèrent en général qu'en un droit réel d'usage. Le droit éminent de propriété du seigneur persista ici dans toute sa force avec ses conséquences relativement au droit de disposition des tenanciers.

Mais est-ce à dire que la pratique de la Realteilung sur le Rhin ne soit qu'une conséquence de la plus grande liberté des paysans relativement à leurs biens (3) ? Le

(1) Par contre le servage n'était pas rare chez les paysans du Sud de l'Allemagne où la Naturaltheilung était en honneur. Cf. Ludwig, *Der badische Bauer im 18. Jahrhundert (Abhandlungen aus dem staatswissenschaftlichen Seminar zu Strassburg i. Elsass)*, 1896, p. 33 et seq. Mais là comme en Westphalie le servage avait perdu de sa rigueur primitive en dépouillant son caractère personnel. Cf. Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 17. Sering, *op. cit.*, p. 3 ; *suprà*, p. 368, note 5.

(2) Sering, *op. cit.*, p. 3. Cf. constatations analogues dans Fick, *op. cit.*, p. 292. Cf. *suprà*, p. 348 et seq.

(3) L'argument invoqué par M. Sering, *op. cit.*, p. 3, ne me paraît pas bon du moins dans la forme que lui donne l'auteur. D'après lui la Realtheilung n'est pas une conséquence de la plus grande indépendance des paysans ; « c'est bien plutôt au contraire la volatilisation (die Verflüchtigung) des droits du seigneur (ajoutons comme contre-partie la plus grande indépendance du paysan) qui a été la conséquence de la pratique du partage et de la mobilisation effective de la propriété foncière ». Mais d'où vient cette « volatilisation » des droits du seigneur, sinon du pouvoir qu'avaient acquis les paysans sur leurs biens ? Comment concevoir que la propriété foncière ait pu être mobilisée sans une liberté préalable d'aliéner. En droit un objet ne s'aliène pas tout seul, il est aliéné. Ce qu'il y a de vrai toutefois c'est que la coutume du partage par l'une de ses conséquences la dispersion des propriétés a pu favoriser

mode de transmission héréditaire des biens n'a-t-il d'autre élément déterminant que la plus ou moins grande latitude de disposition du tenancier ou propriétaire, de telle façon que la Realteilung correspondit à un régime de liberté, l'Anerbenrecht à un régime de contrainte. Cela ne serait que relativement exact (1), car les régions d'Anerbenrecht ont eu aussi leurs biens libres se transmettant intégralement (2) et l'on voit de l'Anerbenrecht ailleurs que dans les régions de transmission intégrale.

le développement des droits des paysans sur leurs biens. Peu importait aux seigneurs, la règle du partage admise, que telle parcelle appartînt à l'un plutôt qu'à l'autre. Mais la règle elle-même n'est que la conséquence de la liberté des paysans. Au fond nous n'avons pas là encore l'explication définitive ; elle est pour M. Sering comme pour nous en grande partie dans les conditions économiques. Cf. *infra*.

(1) Sering, *op. cit.*, p. 4. On ne saurait d'ailleurs voir une corrélation entre le servage et l'Anerbenrecht. Cf. Sering, *op. cit.*, p. 2. Il y a transmission intégrale des biens des Reichshöfe (comté de la Mark) dont les habitants, selon l'expression des autorités de Dortmund (1547), sont « voll vrie gleich unsern Bürgern complètement libres comme nos concitoyens. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 30, note 1.

(2) Toutefois les cas ne sont pas aussi nombreux qu'ils le paraissent au premier abord. « Peu de petits biens, dit Stobbe-Lehmann, § 189, p. 465, restèrent la propriété de leurs possesseurs ; ils se rapprochèrent de la condition des Bauerngüter dépendants d'un seigneur, par ce fait que leurs possesseurs, ne pouvant plus fournir le service de guerre, se soumirent eux et leurs biens à l'avouerie et consentirent à supporter diverses charges foncières. De telle sorte qu'en fait dans beaucoup de cas il n'apparaissait pas de grande différence entre les biens possédés sous la dépendance d'un seigneur et ceux que le paysan possédait en propriété. » Cf. *op. cit.*, p. 166 et principalement p. 491.

Eu égard à l'ensemble ces biens libres dans les régions d'Anerbenrecht formaient une part infinitésimale (W. Meyer, *Teilungsverbot*, etc., *beim bauerlichen Grundbesitze*, Lippes, p. 5). Aussi n'est-il pas étonnant qu'ils aient subi parfois la transmission intégrale en quelque sorte par contagion là où la loi ne les soumettait pas expressément au régime de l'ambiance, d'autant que, selon la remarque de Stobbe-Lehmann, ils arrivaient à se confondre en fait avec les tenures. Ce sont de semblables considérations qui déterminèrent dans la principauté de

Les « Kammerfreien » du comté de Tecklenbourg au nord de la Westphalie actuelle avaient la liberté pleine et entière de leurs personnes et de leurs biens ; leur succession était régie par les principes du droit commun (droit romain), la loi maintenait l'égalité entre les héritiers, cependant il était d'usage que les biens se transmissent à l'aîné des fils moyennant des soultes modérées à accorder aux autres enfants (1).

Une preuve importante de la liberté avec laquelle s'est développé l'Anerbenrecht résulte de ce fait que, dans bon nombre de petites villes et localités adonnées à l'agriculture et exemptes de toute contrainte féodale, on ignorait la Naturaltheilung (2). Dans les villes plus importantes ne

Lippe l'extension de la Polizeiverordnung de 1620 aux biens libres, quoique cette Polizeiverordnung n'eût parlé que des « dienstbare Güter » (Cf. Meyer, *op. cit.*, p. 8). Cf. sur l'extension de l'Anerbenrecht à certains biens libres faisant partie de la fortune allodiale du Meier, Wittich, *op. cit.*, p. 28 et sur la généralisation que reçurent les principes du Meierrecht l'histoire du Meierrecht, *suprà*, notamment p. 378. et Wittich, *op. cit.*, p. 63 et seq., p. 71 et seq., p. 73.

(1) Voici ce que dit Holsche à leur égard. Cf. le passage dans Comte de Spee, *op. cit.*, p. 55. « Freye Personen, als Adelige, Bürgerliche und Kammerfreye succedieren nach gemeinen Rechten und es ist in der Regel das eine Kind so nahe zu der elterlichen Verlassenschaft als das andere ; es herrscht aber eine allgemeine Observanz, das dem ältesten Sohne die elterlichen Güter oder Grundstücke nach einer leidlichen Taxe von den übrigen Kindern überlassen werden müssen. » Même constatation pour les Erbhöfe du comté de Hohenlimburg, *loc. cit.*

(2) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 57. Cette constatation résulta au début du deuxième tiers de ce siècle pour le duché de Westphalie de procès auxquels donna lieu l'ordonnance hessoise du 5 novembre 1809 qui supprimait l'indivisibilité des biens soumis au colonat (à la suite des remaniements territoriaux qu'avaient entraînés les sécularisations au début de notre siècle, le duché de Westphalie était revenu à Hesse-Cassel). Elle ne pouvait pas s'appliquer aux villes et localités en question (appelées ces dernières Freiheiten) qui n'avaient jamais connu de colonat ou de propriété vinculée. Mais les puînés se crurent en droit de réclamer la Naturaltheilung ou une augmentation de leurs soultes. L'ancienneté de la coutume fut établie par enquête et reconnue par

faisant pas de l'agriculture leur occupation principale, à Minden par exemple, on adoptait le minorat même pour la dévolution de la maison paternelle (1).

Pour Paderborn, Wigand (2) écrivait : « Dans différentes contrées de notre province, il y a des biens allodiaux, dont on ne peut se rappeler qu'ils aient été soumis à un partage en nature, notamment dans le Gogericht de Salzkotten (3) et dans les Aemter (4) de Boke et de Neuhaus. Quelle preuve frappante, poursuit Wigand, que l'institution entière repose tout aussi bien sur l'indivisibilité légale des domaines que sur l'initiative raisonnée des familles ; qu'elle ne constitue pas une institution imposée par la féodalité, mais une pratique essentiellement populaire et familiale, dont les éléments vivent aujourd'hui encore dans le libre sentiment du peuple et qui seront de plus en plus reconnus comme les bases nécessaires du Bauernstand et de son maintien. »

Dans l'Amt d'Ilten, Kreis actuel de Burgdorf, il y a toujours eu transmission intégrale coutumière de Hôfe qui, semble-t-il, n'ont jamais cessé d'être libres (5). La Frise orientale n'a pas connu de régime seigneurial, la propriété n'y fut jamais vinculée. Les règles de la liquidation des successions y avaient encore au XVI^e siècle une saveur toute germanique ; on y remarquait encore le privilège de

différents jugements. Les puînés n'avaient notamment droit qu'à des soultes en rapport avec les forces du Hof, sans pouvoir prétendre à toute leur part *ab intestat*. Cf. sur tous ces points Comte de Spee, *op. cit.*, pp. 57 et 58.

(1) Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 58, texte et note 5 et les divers renvois à Wigand.

(2) *Paderborn*, I, p. 134, titre V ; vom Brautschatz und der Abfindung.

(3) Sud-Ouest de Paderborn.

(4) Divisions administratives.

(5) Grossmann, *op. cit.*, p. 38. Ce sont les « grossen Freien ».

masculinité en matière d'immeubles ainsi que l'application de la règle très ancienne « Der ältere soll teilen, der jüngere kiesen » (1). Il résultait de ces règles que d'ordinaire l'exploitation était attribuée au plus jeune qui avait à dédommager ses frères et sœurs en soultes inférieures à leur part *ab intestat*. S'il n'y avait pas là un Anerbenrecht proprement dit il y avait du moins une coutume qui y ressemblait fort et ne devait sa naissance à aucune contrainte féodale (2).

Les Marschen (3) de l'Elbe et du Weser offrent l'occasion de constatations analogues ; le régime seigneurial n'y a trouvé accès que çà et là, de longue date on n'y a connu en grande partie que liberté du sol et de ceux qui le cultivent. Cependant il y a transmission intégrale de la terre par succession. Dans l'Alt-Land (4) le Landrecht réformé (5), consignant vraisemblablement un très ancien droit coutumier prohibe le morcellement des héritages et donne comme motifs de cette prohibition, cette raison générale, éviter la misère résultant du partage des terres, une raison spéciale, assurer le maintien des digues qui, dans la région, jouent un rôle important (6).

(1) « Le plus âgé fait les parts, le plus jeune les choisit. » Cf. sur ce *Kürrecht*, Schröder, *Rechtsgeschichte*, pp. 332, 736.

(2) Cf. Grossmann, *op. cit.*, pp. 107 et 108.

(3) On entend par Marschland un pays bas et marécageux ; l'antithèse du Marschland est le Geestland (pays élevé et sec). Cette distinction a un sens pour la plus grande partie des régions côtières allemandes.

(4) Estuaire de l'Elbe (rive gauche).

(5) XVI^e siècle. Il ne semble pas toutefois que ce Landrecht ait eu force de loi.

(6) Pufendorf, *Observationes juris*, t. IV, app., p. 40. Les Höfe ne doivent pas être divisés « sondern by ein ander und einem Gelaten den andern averst gelth heruth gegeben, up dat also dorch verrückungh und thoritunge der Håve de Lüde nicht in Armoth gerahden, sondern desto besther thodes Landes bestem Dyke und Damme in Volstand und Be-

Poursuivons la série de nos constatations défavorables à ceux qui veulent voir dans l'Anerbenrecht une institution exclusivement féodale. Nous avons vu (1) que Casimir IV, roi de Pologne, avait en 1476 supprimé le régime des fiefs et décidé l'application générale du droit de Culm dans la Prusse polonaise. Le droit de Culm (2) prescrit le partage égal des successions entre tous les héritiers sans distinction de sexe. La noblesse réagit rigoureusement contre cette extension qu'elle jugeait préjudiciable à ses intérêts et obtint en 1599 son *jus terrestre nobilitatis Prussiae* (3). En dehors de raisons économiques que l'on pouvait invoquer en faveur de l'admission de ce *jus terrestre nobilitatis Prussiae*, il y avait peut-être des motifs exclusivement nobiliaires ; on voulait assurer et maintenir l'éclat du nom.

Une semblable pensée était étrangère aux Kölmer (payans libres) qui eux aussi protestaient à leur manière contre le droit de Culm. Des principes successoraux égalitaires que contenait celui-ci on en vint dans le cours des temps au privilège de masculinité, et à la transmission intégrale. Peut-être au début l'indication fut-elle donnée

« teringe mochten erholden werden ». Sur des règles analogues suivies de longue date dans le grand-duché d'Oldenbourg et adoptées en dehors de toute influence féodale. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, t. II, p. 133, sur le Jeverland, le Kniphausen, le Butjadingen et le Landwührden. Dans le Jeverland, il y eut seulement au XVIII^e siècle, sous le gouvernement de la maison d'Anhalt-Zerbst, une prohibition de morceler. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 190.

(1) P. 332, note 1.

(2) Le droit de Culm est un emprunt au Stadtrecht de Magdebourg qui joua un si grand rôle au moyen âge (Cf. sur le droit de Magdebourg et sa réception dans bon nombre de villes allemandes. Schröder, *Rechtsgeschichte*, p. 668 et seq.). Il fut toutefois modifié en matière de régimes matrimoniaux et de droit successoral pour répondre aux besoins des colons flamands auxquels il s'appliquait originairement.

(3) Cf. *suprà*, p. 167.

par le régime féodal qui imposait aux « Kölmer » certains services de guerre, leurs biens n'étaient pas d'ailleurs absolument libres. Mais les services de guerre disparurent de bonne heure et les biens de Kölmer s'étaient transformés en alleux depuis les XVI^e et XVII^e siècles (1). Rien ne s'opposait donc plus au partage égal de la terre entre les héritiers et cependant la coutume resta ce qu'elle était auparavant (2). Les édits fiscaux qui, pour assurer la stabilité de la base de perception des impôts prohibaient les morcellements, renforçaient la *Gebundenheit* déjà existante, ils ne la créaient pas (3).

Les « Stockgüter » de l'Eifel qui, d'après von Schwerz (4), remontaient à une époque antérieure à Charlemagne se transmettaient jusqu'au milieu de ce siècle d'après les règles d'un *Anerbenrecht* très rigoureux. Mais ces biens étaient en partie libres (5). Dans certaines régions de la Hesse relevant autrefois de l'électorat de Mayence (6) fonctionnait une transmission intégrale qui semble bien n'avoir été imposée par aucun acte législatif (7).

Particulièrement intéressante est l'évolution qui s'était accomplie dans certaines régions de la Forêt-Noire (8), dans la vallée supérieure de la Kintzig. Les paysans libres de cette région cherchaient à concilier deux tendances opposées ; d'une part ils voulaient donner satisfaction à l'esprit

(1) Busch, *op. cit.*, p. 34 et sq.

(2) Le désir de maintenir les biens se manifeste principalement dans le *beneficium taxæ* accordé à l'héritier du bien. Le Hof est évalué à un taux modéré.

(3) Busch, *op. cit.*, p. 38.

(4) *Beschreibung der Landwirtschaft in Westphalen und Rheinpreussen*, II^e partie, Stuttgart, 1836, p. 129.

(5) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 95.

(6) Principauté de Fritzlar.

(7) Holzapfel, *op. cit.*, p. 79.

(8) Gothein, *Wirtschaftsgeschichte des Schwarz-Waldes*, Strassburg, 1892, I, p. 198 et seq.

d'égalité successorale, d'autre part ils cherchaient à éviter les conséquences fâcheuses du morcellement. En 1565 le Thalgericht de Nordach se décidait en faveur d'un partage par tête entre descendants de frères et sœurs prédécédés (1), quoique le droit de représentation fût depuis 80 ans partie de la législation d'empire. Mais on voyait le danger de la division ; on imita les pratiques de transmission intégrale en vigueur dans les régions élevées de la vallée depuis le milieu du XV^e siècle (2). Les biens ne durent être partagés pour la liquidation des successions que lorsqu'ils étaient trop grands ; en règle ils se transféraient à un seul d'après les principes du minorat ou du majorat, selon qu'il s'agissait de fils ou de filles. Le prix de transmission était fixé de façon à éviter l'arbitraire, mais on ne tarda pas à aller plus loin, on réorganisa une sorte de « Hausgemeinschaft » obligatoire en contraignant les cohéritiers auxquels le bien n'était pas attribué à rester sur le Hof en qualité de domestiques. Cela ne donna lieu à aucune plainte (3).

Cette Geschlossenheit librement voulue par les intéressés passa si bien dans les mœurs que l'on oublia son origine récente (4). Dans le Stadrecht de Zell au XVII^e siècle, l'institution se complète ; le minorat est de droit strict. Ces transformations de droit privé n'étaient que le prélude de l'acquisition de droits politiques importants ;

(1) La dernière enquête successorale prussienne a relevé l'existence de semblables usages actuellement pour l'Oberlandesgerichtsbezirk de Cologne. Cf. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 62.

(2) Et sans contrainte Gothein, *op. cit.*, p. 298.

(3) Bien que, comme le fait remarquer M. Gothein, il y ait là une disposition évoquant une comparaison avec le « Gesindezwang » en vigueur à la même époque au Nord-Est de l'Allemagne, *op. cit.*, pp. 300 et 301.

(4) Et comme le dit fort bien M. Gothein, *op. cit.*, p. 302 : « Dem Bauern erscheint immer als uralt, was seinem Wesen entspricht. »

« ayant ainsi obtenu une forte assise, les paysans entreprirent... de s'élever à une complète autonomie en tant que membres de l'empire ». Ils y parvinrent et formèrent une république dont M. Gothein (1) compare l'organisation à celle des cantons suisses. Rien ne montre mieux que cet exemple de l'évolution qui s'accomplit dans l'Ortenau que l'Anerbenrecht ne fut pas partout et toujours une coutume imposée aux intéressés. M. Gierke à la conférence agraire de Berlin (2) le qualifiait de droit populaire et M. Gothein (3), tout en concédant que la transmission intégrale a pu fonctionner tout d'abord sur les manses serviles, ajoute qu'il n'a trouvé nulle part de traces de son application aux paysans contre le gré de ceux-ci. Les régions d'Anerbenrecht ont tenu fermement à cette institution, là même où l'influence féodale qui avait pu décider de son origine était encore des plus manifestes. Justus Möser raconte qu'encore à son époque le petit paysan libre en Westphalie épargnait péniblement la somme suffisante pour se faire serf (4). Le servage naturellement ne l'attire pas, mais le droit qui soustrayait les Höfe des serfs à la Naturaltheilung en cas de succession et qui effectivement avait fait des anciens serfs une aristocratie paysanne (5). Holsche (6) faisait la même constatation en 1788.

(1) *Op. cit.*, p. 297.

(2) *Die Agrarkonferenz*, p. 228.

(3) *Agrarpolitische Wanderungen im Rheinlande*, p. 255. Cf. Sering, *op. cit.*, p. 2. On ne saurait généraliser ; car des peines étaient parfois édictées pour assurer le strict fonctionnement de l'Anerbenrecht. Cf. Meyer, *Teilungsverbot*, etc..., *beim bäuerlichen Grundbesitze Lippes*, p. 12.

(4) En présence de cette constatation on trouvera peut-être excessif le jugement porté par M. Brentano (*Gesammelte Aufsätze*, p. 117) sur Le Play.

(5) Gothein, *op. cit.*, p. 255.

(6) *Historisch-topographisch-statistische Beschreibung der Grafschaft Tecklenburg*, Berlin u. Franckfurt, 1788, p. 194.

Il est à remarquer d'ailleurs que partout où les paysans ont voulu fermement partager en nature, ils l'ont pu en dépit des prohibitions édictées. C'est un peu l'histoire de toutes les régions où fonctionne actuellement encore en Allemagne la *Naturaltheilung* (1).

La vérité est qu'un facteur important dans cette question des modes de transmission successorale de la terre est un facteur économique qui n'est lui-même que la résultante de conditions climatiques et géologiques. L'on a partagé également l'héritage paternel là où l'on pouvait le faire sans dangers ; on l'a transmis intégralement à un seul là où la somme des inconvénients dépassait celle des avantages de pratiques contraires. Les conditions de la production ne sont pas en effet partout les mêmes : « Des régions avec un sol peu fertile, un climat rude, une altitude considérable au-dessus du niveau de la mer d'une façon générale peu avantageées par la nature, poussent à des modes de culture extensive et à des exploitations appropriées. Mais la culture extensive exige de grandes surfaces à cultiver et celles-ci, à leur tour, déterminent en règle l'étendue des propriétés. Et pour des motifs analogues de petits biens paraissent indiqués là où le sol est fertile, accessible aux cultures les plus variées, le climat tempéré et, en général, les conditions de production naturellement favorables (2). »

En tolérant au premier cas la liberté du morcellement, on atteindra vite la limite de la possibilité de subsister (3). C'est le cas pour les régions très septentrionales (4) et pour

(1) Ce n'était qu'exceptionnellement que la *Naturaltheilung* se trouvait favorisée par une fiscalité inintelligente. Cf. Francke, *Ueber die Theilbarkeit des bäuerlichen Grundbesitzes im Fürstenthum Grubenhagen Magazin für hannoversches Recht*, t. VII, p. 24 et seq., p. 44.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 110.

(3) Buchenberger, *op. cit.*, p. 441.

(4) M. Buchenberger, *loc. cit.*, mentionne la presqu'île scandinave, la plus grande partie de la Russie.

les régions montagneuses (1). Lorsque les unités d'exploitations sont trop petites pour suffire à l'entretien de ceux qui les cultivent, on peut, étant donné l'absence de toutes occupations accessoires, redouter les conséquences d'un excès de population (2) ; il n'y a pas équilibre entre les moyens de subsistance et les êtres à nourrir. Le morcellement est ici une faute qui peut avoir les plus graves conséquences (3). Il en peut avoir également ailleurs ; il est d'autres régions auxquelles il ne serait pas permis d'adopter sans danger une désagrégation périodique des biens. Ce sont celles qui, d'après leur situation, la configuration de leur sol et leur climat, se trouvent indiquées pour la culture des céréales et pour l'élevage. L'étendue des exploitations ne doit certes pas être ici ce qu'elle est dans les montagnes, mais elle doit être suffisante pour leur permettre d'atteindre leurs fins (4).

Au second cas, au contraire le morcellement n'a pas d'inconvénients et peut présenter des avantages (5).

Ce sont des considérations analogues qui ont joué leur rôle dans la formation des coutumes successorales. La féodalité a fait le plus souvent ce que le paysan aurait fait lui-même (6) en maints endroits, ce qu'il a fait lui-même

(1) Sur les effets déplorables de la *Naturaltheilung* dans les régions situées à une certaine altitude, Cf. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 116 (il s'agit de l'Eifel et du Westerwald).

(2) *Uebervölkerung*. Buchenberger, *op. cit.*, p. 442.

(3) Il est certains exemples classiques en Allemagne des mauvais effets du morcellement dans les régions où il est économiquement condamnable et de l'insuffisance des palliatifs adoptés (occupations industrielles accessoires sous forme de travaux à domicile, *Hausindustrie*). La misère du tisserand silésien a trouvé son écho dans la littérature.

Pour la suppression d'un semblable état de choses et d'autres analogues M. Buchenberger (*op. cit.*, p. 444) n'hésite pas à proposer les mesures coercitives les plus rigoureuses.

(4) Buchenberger, *op. cit.*, p. 447.

(5) Buchenberger, *op. cit.*, p. 437.

(6) Gothein, *op. cit.*, p. 259 ; Wygodzinski, *op. cit.*, p. 98.

peut-être avec moins de décision et de rapidité, ce qu'il continue à faire de nos jours depuis que toute contrainte a disparu (1).

De cette dernière constatation n'est-on pas en droit de conclure avec M. Buchenberger (2), que les populations rurales, en restant fidèles à la transmission intégrale, ne le font pas par respect pour une antique coutume, mais se laissent guider par des vues économiques réfléchies.

Dans les vallées du Rhin et de ses plus grands affluents il y avait tous les éléments favorables à un morcellement (3) du sol. Forte vie urbaine développée de bonne heure, et par là débouchés excellents, culture intensive favorisée par le climat et la fertilité du sol du moins dans les vallées, population très dense. « L'influence de nombreuses villes et leur étroite union avec la campagne environnante donna à la terre affectée à l'agriculture la mobilité de la propriété urbaine ou du capital (4). »

Pour le Sud de l'Allemagne Kull (5) fait des constatations analogues. « Si aucun doute ne doit régner sur ce point, qu'en Alt-Würtemberg (6)..., la division de la propriété foncière a été favorisée par les principes administratifs en vigueur dans les seigneuries ainsi que par le droit romain, il est cependant aussi indubitable que ces principes administratifs et ce droit répondaient aux besoins de la population dense établie ici, en raison de la fertilité du

(1) Il y a sans doute eu des modifications ; notamment on signale presque partout une tendance à l'accroissement des soultes des enfants ne recueillant pas le bien. *Vide infra*.

(2) *Op. cit.*, p. 447.

(3) Gothein, *op. cit.*, p. 244 et seq.

(4) Sering, *op. cit.*, pp. 4 et 5. Cf. Gothein, pp. 245 et 246. Sur la mobilisation de la propriété dans les villes, Gothein, *op. cit.*, p. 247.

(5) *Beiträge zur Statistik der Bevölkerung des Königreichs Würtemberg* dans les « *Württembergische Jahrbücher für Statistik und Landeskunde*, année 1874, p. 113 et seq.

(6) Partie occidentale du royaume.

sol et de la viticulture très développée, dans de nombreux villages compacts et dans de petites villes... D'autre part le maintien des biens clos dans la région du Neu-Württemberg (1) doit être certainement tout autant considéré comme un fait le plus souvent d'accord avec les conditions naturelles. » En Bavière M. Fick qui s'est livré à une étude approfondie des documents fournis par l'enquête officielle faite sur la demande de M. Brentano termine son exposé par la constatation que le droit en matière de modes de dévolution successorale n'a eu qu'une très minime influence. Les motifs économiques sont autrement importants (2). Dans des régions de transmission intégrale de par la loi on trouve en fait le partage des immeubles ruraux en suite de succession et dans des régions où la loi prescrit le partage égal entre héritiers on trouve un *Anerbenrecht* coutumier (*Anerbensitte*) (3). Tout semble se réduire parfois à une question d'altitude (4).

L'ancienne petite principauté de Hohenzollern a cette particularité curieuse d'offrir dans sa faible étendue deux régions présentant au point de vue économique et géographique la plus grande diversité. Au Nord nous trouvons un climat tempéré favorable à une certaine culture intensive, la région, appelée *Unterland*, pratique la *Realtheilung*. Au Sud au contraire le climat est plus rude, l'altitude plus élevée, le sol plus difficile à cultiver, la région, appelée *Oberland*, pratique la transmission intégrale plus favorable à la culture des céréales et à l'élevage seuls possibles (5). Des constatations analogues sont faites pour d'autres régions d'*Anerbenrecht* (6). « Tandis que le mor-

(1) Partie orientale du royaume.

(2) Fick, *op. cit.*, p. 269 et seq.

(3) Cf. entre autres exemples dans Fick, p. 192.

(4) Fick, *loc. cit.*

(5) Hirsch, *Die hohenzollernschen Lande*, p. 54.

(6) Pour la Hesse v. Baumbach, *Die bauerlichen Verhältnisse im*

cellement dans la vallée du Rhin était compatible avec la productivité économique de la population paysanne et pour cette raison ne lésait pas l'intérêt seigneurial, il aurait dans la montagne et dans la plaine du Nord de l'Allemagne, la banlieue des villes exceptée, anéanti le bien être de la population rurale et n'aurait ainsi pas moins porté atteinte à l'intérêt des seigneurs qu'à celui des paysans(1). » Cela est vrai pour une époque où la technique agricole encore peu développée ne permettait d'obtenir qu'un revenu peu élevé (2).

Il est un autre facteur qui semble bien avoir joué un rôle considérable en matière de modes de dévolution successorale encore qu'il ait eu une moindre influence que

Reg. Bezirk Cassel dans les *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, XXII, 1, p. 113.

(1) Sering, *op. cit.*, p. 5.

Dans ces régions les exploitations rurales constituent un tout formé de divers éléments indispensables à la prospérité de l'ensemble. Voici ce qu'écrivait en 1898 M. Busch, p. 39, dans le fascicule de l'enquête consacrée à la Prusse occidentale : « Cette coutume de la transmission intégrale répond à un besoin économique nettement reconnu, les immeubles forment en règle dans leurs divers éléments consistant en terres arables et en prairies une unité économique ; celle-ci serait détruite par un partage en nature ; indépendamment des effets défavorables qui en résulteraient, notamment de la dépréciation des bâtiments d'exploitation existants, la nécessité d'édifier de nouveaux bâtiments sur les parcelles détachées, serait l'occasion de frais importants, difficiles à couvrir dans la plupart des cas. Avec les conditions climatiques, l'état du sol dans la Prusse occidentale, avec l'absence d'une industrie développée, le Hof paysan susceptible d'entretenir des attelages et dans certaines circonstances la véritable grande exploitation constituent l'étendue la plus convenable au point de vue technique, tandis que dans la plupart des régions de la province, tous les éléments de la prospérité de la petite exploitation rurale font défaut. »

(2) Buchenberger, *Grundzüge*, p. 83. La constatation est d'autant plus intéressante que l'auteur n'est qu'un partisan conditionnel de l'Anerbenrecht dans le présent. La reconnaissance des services économiques rendus dans le passé par l'institution n'en a que plus de poids.

celui que nous venons d'étudier ; ce n'est pas toutefois lui accorder l'attention qu'il convient que de n'y voir que la simple conséquence du facteur précédent, comme l'a fait M. Sering (1). Ce facteur est l'influence de race. Les populations franques, alemanes et thüringiennes inclinent vers la *Naturaltheilung*, les autres populations inclinent vers la transmission intégrale. « Établissement en villages à banlieue morcelée, exploitation parcellaire et partage en nature de la propriété foncière après décès sont les habitudes de race de la population essentiellement franque établie dans la région », dit M. Hirsch (2) en parlant du ressort de l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Mein.

Dans le ressort de l'Oberlandesgericht de Cassel, le pays occupé par les habitants d'origine hessoise concorde à peu près complètement avec celui où fonctionne la transmission intégrale (3). Les Hessi présentent cette particularité d'avoir gardé même pendant les invasions leur habitat originaire, fortement réduit toutefois au cours des événements qui se déroulèrent du III^e au IX^e siècle par les empiètements successifs des Alamans, des Thüringiens, des Saxons, de Francs installés par les soins des Carolingiens dans la région de la Diemel aux lieu et place des Saxons vaincus (4).

Les populations d'origine alemanique pratiquent la *Realtheilung*, de même les Thüringiens (5). Les Saxons observent en général la transmission intégrale (6) ; là où la *Realtheilung* fonctionne dans la région soumise à leur

(1) *Op. cit.*, p. 5.

(2) *Op. cit.*, p. 34.

(3) Holzapfel, *op. cit.*, p. 49.

(4) Holzapfel, *op. cit.*, pp. 47 et 48.

(5) Kreise actuels d'Eschwege (Holzapfel, *op. cit.*, p. 50), de Witzenhausen, de Rotenbourg.

(6) Hanovre, par exemple.

influence, il y a lieu de constater un effet de pratiques franques ou thüringiennes (1).

Toutefois on ne saurait poser de règle absolue ; on la trouverait en défaut. Les habitants du Nord de la province rhénane adonnés à la transmission intégrale sont d'origine franque (2), de même ceux des quelques régions franco-niennes qui ne connaissent pas la Realtheilung (3). Nous voyons dans la principauté de Hohenzollern deux modes de transmission successorale différents fonctionner chez une population de même race, la race alemanique (4). Les

(1) Sud de la province de Hanovre (Göttingue). Grossmann, *op. cit.*, p. 191.

L'influence de la race se fait parfois sentir d'une façon très nette d'un Kreis à l'autre ou dans l'intérieur du même Kreis. Ainsi la région comprise dans le ressort de l'Amtsgericht de Reinhausen est une région de transmission intégrale dans un pays pratiquant la Realtheilung (Kreis de Göttingue). La population du ressort est d'origine saxonne, celle du Kreis fortement imprégnée d'éléments francs ou thüringiens. Grossmann, *loc. cit.* Cf. pour la Hesse (Kreise de Wolfhagen et de Hofgeismar), Holzapfel, *op. cit.*, p. 51. L'auteur n'est pas éloigné d'attribuer une certaine influence aux colonies de protestants français installés dans la région aux XVII^e et XVIII^e siècles. Cf. sur cette question de l'influence de la race, discours de M. Sering à la Conférence agraire de 1894, *Agrarkonferenz*, p. 15 ; Buchenberger, *Grundzüge*, p. 17, p. 91 ; Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 112, p. 216, II, 155 et 156 (sur les régions franques de la Bavière). Les populations wendes du Kreis de Lüchow tout en pratiquant la transmission intégrale comme les populations saxonnes environnantes, présentent certaines particularités en matière de transmission héréditaire que l'on s'accorde à faire remonter à leur origine. Cf. Grossmann, *op. cit.*, pp. 6, 71, 93. Des constatations sensiblement analogues ont été faites chez les Polonais. Cf. pour la province de Posen, Enquête Sering, XIII, Grossmann, p. 28, pour la Prusse occidentale. Busch, *op. cit.*, pp. 60, 61, 62. Toutefois les Polonais partagent leurs biens en nature, du moins en général. M. Busch voit là une conséquence de leur caractère national (amour du sol natal et modération de leurs besoins mêmes sous le rude climat des provinces orientales de la monarchie prussienne, Busch, *op. cit.*, p. 40).

(2) Sering, *op. cit.*, p. 5.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 156.

(4) Hirsch, *op. cit.*, pp. 14 et 54. Cf. Meitzen, *Siedelung und Agrarwesen*, I, p. 454.

colons des races favorables au partage y renoncent sous d'autres latitudes (1).

En résumé, la pratique de la transmission intégrale désignée sous le nom d'Anerbenrecht (2) qui « depuis la fin du moyen âge, a été en Allemagne le droit successoral dominant pour la transmission de la propriété paysanne et est restée telle jusqu'au début de ce siècle (3) », me paraît être la résultante de trois causes d'efficacité inégale, intervention des pouvoirs publics sous la forme tout d'abord de l'autorité seigneuriale à l'époque où la souveraineté de l'État s'était fragmentée en une foule de petites souverainetés locales, de l'autorité du Landesherrn à l'époque où les souverainetés locales se concentraient dans la main de quelques familles plus puissantes ; influences économiques justifiant l'intervention des pouvoirs publics et déterminant le sens de leur activité là où ceux-ci ont eu à intervenir ; influences ethnologiques dans la mesure où la race n'a pas obéi aveuglément aux précédentes.

On parle actuellement beaucoup en Allemagne de l'Anerbenrecht comme d'une institution destinée à conserver les biens dans les familles paysannes ; c'était une pensée que n'avaient certes pas les seigneurs en ordonnant l'indivisibilité des Höfe de leurs tenanciers. Ils songeaient moins à ceux-ci qu'à eux-mêmes ; ils voulaient le maintien des biens, la stabilité des familles leur importait directement assez peu (4). C'était aussi dans des vues peu

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 395, texte et note 19 ; à propos des colons allemands installés dans les régions conquises sur les Slaves (à l'est de l'Elbe).

(2) Anerbensitte, là où il n'y a pas de loi.

(3) Buchenberger, *Gründzüge*, p. 82.

(4) Tel était le sens de la formule « le paysan est là pour le bien, le bien n'est pas là pour le paysan », que l'on rencontrait assez fréquemment dans la littérature jusque dans ces dernières années. C'était l'élément d'une antithèse avec le fidéicommiss qui lui sert, les intérêts

altruistes qu'ils avaient réglementé le taux des soultes à payer aux cohéritiers de l'Anerbe, qu'ils avaient en Hanovre incorporé dans la tenure une bonne partie de la fortune allodiale du Meier dont il n'était pas tenu compte aux cohéritiers ; mais ces privations n'étaient pas sans dédommagement pour les membres exclus de la famille. Le Hof, tenure exclusive d'un seul, profitait souvent à d'autres, les droits de l'Anerbe comportaient aussi des devoirs (1).

De sorte qu'en définitive une pratique qui s'était développée au profit d'une catégorie d'intéressés répandait ses bienfaits sur d'autres catégories non primitivement prévues. Économiquement le Hof objet de la transmission intégrale répondait d'une façon assez exacte aux besoins de trois ordres d'intéressés : de l'État dont il assurait le service d'impôts, du seigneur dont il garantissait les prestations, de la famille paysanne pour laquelle il constituait dans une certaine mesure un bien commun.

Quel sort l'évolution moderne a-t-elle fait subir au vieux Hof indivisible allemand ; les lois l'ont-elle respecté ou à défaut d'elles, les traditions l'ont-elles maintenu ? C'est ce que nous allons étudier en passant à l'histoire de l'Anerbenrecht au XIX^e siècle.

B. — *De l'Anerbenrecht au XIX^e siècle.*

L'Anerbenrecht était uni trop intimement au régime foncier féodal pour ne pas subir le contre-coup des attaques portées à celui-ci et du succès final dont elles furent couronnées. La « Geschlossenheit » légale fut supprimée ici un

d'une famille. Depuis, on a renoncé à la formule, on a compris qu'elle n'était pas de nature à édifier les intéressés. Or, c'est de leur concours que l'on attend le vote des lois d'Anerbenrecht espérées.

(1) Altenteile, Brautschätze ou Abfindungen, droit d'être reçu sur le Hof dans certains cas, droit d'administration et d'usufruit de la veuve.

peu plus tôt, là un peu plus tard, elle ne subsiste plus que dans certaines régions, mais dans un but purement économique. Avec la *Geschlossenheit* avait disparu le plus souvent l'*Anerbenrecht* qui en était la conséquence ; supprimé comme loi, l'*Anerbenrecht* ne s'en est pas moins maintenu comme coutume et comme coutume très vigoureuse, encore qu'elle ait subi çà et là les modifications que commandaient les idées modernes.

Cette survie des traditions en dépit d'une législation positive presque toujours défavorable, parfois hostile, éveilla la curiosité de beaucoup de bons esprits en Allemagne ; quelques-uns étaient sympathiques à ces vieilles coutumes. L'énergie avec laquelle les populations hano-vriennes réclamèrent, corrélativement à la suppression de la *Gebundenheit*, le maintien d'un *Anerbenrecht*, attira l'attention des gouvernements et du public. D'abord peu favorable, le gouvernement prussien ne tarda pas à changer d'attitude ; toutefois ne voulant pas rompre brusquement avec le nouvel état de choses existant, il ne créa par une série de lois provinciales qu'un *Anerbenrecht* facultatif. La loi offre une dévolution héréditaire spéciale des immeubles ruraux, mais sans l'imposer ; l'intéressé doit manifester la volonté de régler sa succession comme l'a présentée la loi. A cet effet, des registres sont tenus par les autorités ; les propriétaires désireux de soustraire leurs immeubles à la dévolution successorale de droit commun peuvent s'y faire inscrire. C'est là le système des *Höfe-rollen*.

Le gouvernement prussien est depuis allé plus loin ; par deux lois, l'une du 8 juin 1896, l'autre d'une portée beaucoup plus considérable du 2 juin 1898, il a reconstitué un *Anerbenrecht* direct s'appliquant aux immeubles en l'absence d'une manifestation de volonté contraire de la part des intéressés.

Il y a donc actuellement en Allemagne trois systèmes d'Anerbenrecht : l'Anerbenrecht obligatoire (*Zwangsanerbenrecht*) se rattachant à l'ancienne *Gebundenheit*, mais ne fonctionnant plus que dans un simple intérêt économique, l'Anerbenrecht *ab intestat* applicable à défaut de volonté contraire (*Intestatanerbenrecht*) du *de cuius*, l'Anerbenrecht facultatif (1) applicable en vertu d'une volonté expresse manifestée dans les formes voulues par la loi. De ces trois systèmes le 2^e est le plus en faveur dans les cercles gouvernementaux, c'est également celui que recommandent la grande majorité des économistes en Allemagne ; bon nombre de juristes n'y sont pas hostiles. A la suite de quel processus est-on venu à l'idée de confirmer législativement les coutumes de transmission intégrale qui s'appuyaient autrefois sur l'imposant édifice de la vinculation des biens ?

C'est ce qu'il nous faut voir maintenant plus complètement en étudiant dans ses détails l'évolution de l'Anerbenrecht au cours de ce siècle.

Au début, on se montra en Prusse favorable au morcellement. Rien ne peut mieux caractériser l'esprit alors régnant que ces lignes empruntées à l'Edit du 14 septembre 1811, § 1, sur l'encouragement de l'agriculture, dû à la rédaction du célèbre agronome A. Thaer. L'Edit énumère les avantages de la liberté illimitée de disposition. « Elle est le plus sûr moyen d'empêcher l'endettement des propriétaires fonciers, de leur donner un vif et durable intérêt à l'amélioration de leurs biens, et de développer la culture de tous les immeubles. Le premier résultat se produit par cela même qu'en cas de partages successoraux ou en présence d'autres besoins pécuniaires non prévus de l'héritier ou du possesseur d'un Hof on peut vendre au-

(1) L'Intestatanerbenrecht est également facultatif, mais il ne l'est pas directement.

tant de pièces de terre qu'il est nécessaire pour permettre au propriétaire de rester non endetté ou de se libérer. La liberté si désirable et si bienfaisante pour des parents de répartir à leur gré leur propriété entre leurs enfants, la certitude que toute amélioration profitera à ceux-ci incite aux améliorations. » La culture se trouvera assurée par ce fait que les biens pourront passer entre les mains des plus capables ; les ventes partielles auront l'avantage de donner à l'aliénateur le capital nécessaire pour mettre en valeur les biens qui lui restent. Enfin le morcellement permet l'accès de la propriété aux travailleurs ruraux ; ce qui ne peut avoir que d'heureux effets au point de vue économique et social. « L'État acquiert une nouvelle classe digne d'estime de propriétaires laborieux et ensuite des efforts faits par ceux-ci pour devenir propriétaires, l'agriculture disposera de plus de bras et pourra compter de la part de ceux qui y sont déjà occupés sur plus de travail comme conséquence du surcroît d'activité qu'ils se seront librement imposé ».

Sous l'influence de ces idées la législation réformatrice du début du siècle qui porte le nom de législation Stein-Hardenberg fit disparaître les dispositions légales qui avaient jusque-là favorisé la transmission intégrale, notamment les prescriptions relatives à l'évaluation modérée des immeubles ruraux en cas de partage successoral (1)

(1) D'après le Landrecht prussien (II, 7, §§ 280-285), dans tous les cas où l'héritier d'un immeuble rural (Rustikalgrundstück) est tenu de payer des soultes à ses cohéritiers, l'évaluation de l'immeuble a lieu à un taux modéré. On est obligé non seulement de déduire les charges grevant le bien, mais encore de faire entrer en ligne de compte l'entretien du propriétaire et de sa famille. Des termes en rapport avec ses ressources doivent lui être accordés. Les soultes ne produisent d'intérêt qu'en cas de retard dans le paiement. Le détail de la réglementation des taxes était abandonné aux droits provinciaux. — Sur les dispositions abolitives des Erbschaftstaxen, cf. rescrit du ministre de la justice du 3 juillet 1813, déclaration du 29 mai 1826, § 72. Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 190.

(*Erbschaftstaxe*). Le morcellement et la vente aux enchères étaient permis pour arriver à la liquidation de la succession (1).

Quelques années plus tard une autre tendance se manifestait dans les sphères gouvernementales : on craignait que l'application des règles du droit commun en matière de transmission héréditaire des immeubles ruraux n'eût de fâcheuses conséquences pour le Bauernstand.

Les intéressés firent mauvais accueil tout d'abord aux nouvelles vues du gouvernement. Les Landtage provinciaux, récemment créés, se montraient défavorables à toute tentative de restauration de la Gebundenheit abolie (2). On résolut alors d'agir avec plus de retenue en proposant une législation empêchant le morcellement successoral des Höfe. Après un sérieux travail préparatoire fut présenté en 1841 aux Landtage des provinces de l'Est un mémoire qui examinait dans ses détails les conséquences de l'application du droit commun successoral à la propriété paysanne. L'héritier qui reprenait le bien se trouvait chargé de soultes trop élevées qui l'endettaient et le contraignaient à aliéner. Le mémoire constatait que, si le danger n'avait pas pris jusqu'ici un caractère inquiétant, cela tenait en grande partie au bon esprit des populations rurales restées fidèles à leurs anciennes coutumes et cherchant à détourner l'application du droit commun par des transmissions de biens entre vifs à un taux modéré qui permit à l'enfant acquéreur de subsister sur le Hof. Toutefois la législation actuelle ne tenait pas suffisamment compte de ces efforts des populations paysannes, la légitime faisait obstacle à leur réussite, et les tribunaux là où

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 310.

(2) Cf. sur la tentative faite par l'autorité prussienne en 1827 auprès des Landtage provinciaux des provinces de l'Est. Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 310 et 311.

ils intervenaient coupaient court à toute tentative de transmission intégrale en s'en tenant strictement au principe de l'égalité des partages. A la longue n'allaient-ils pas triompher et imposer aux paysans des idées qui leur avaient été jusqu'alors complètement étrangères (1) ?

Pour remédier au danger l'on proposait :

1° Le retour aux « Erbschaftstaxen » modérées ;

2° La liberté complète des dispositions testamentaires sans limitation de légitime ;

3° La suppression de la loi successorale *ab intestat* actuelle relativement aux hérédités paysannes.

Un projet de loi rédigé en ce sens était annexé au mémoire. Il ne trouva une approbation quasi-unanime qu'auprès du Landtag de la province de Saxe (2). Les Landtage des provinces de Posen, de Prusse et de Poméranie n'èrent même la nécessité d'une semblable réforme.

Un projet beaucoup plus modeste encore, se contentant de prescrire certaines règles en matière d'évaluation d'immeubles et de supprimer les obstacles que l'organisation des tutelles opposait fréquemment à une entente amiable entre héritiers, fut présenté en 1847 au *Landtag réuni* sans plus de succès (3). Les représentants des paysans ne voulaient rien entendre de propositions de lois rappelant, ne fût-ce que de loin, le régime de contrainte qui leur avait été autrefois imposé. La législation Stein-Hardenberg constituait un bloc dont on ne voulait laisser distraire aucune parcelle ; on ne voyait dans des tentatives de restauration d'un régime successoral particulier pour les biens ruraux qu'une manifestation de l'influence des grands propriétaires qui cherchaient à regagner d'une façon détournée le terrain qu'ils avaient perdu (4).

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 312.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 314.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 316.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 317.

A la suite de cet échec le gouvernement observa une attitude passive en matière de réforme successorale ; il ne tarda pas même à se montrer peu favorable à toute tentative de réforme, ce n'est que sur les instances des populations hanovriennes après l'annexion qu'il se décida sans conviction d'ailleurs à faire une brèche aux principes du droit commun successoral.

Telle avait été la politique du gouvernement prussien en la matière pendant la première moitié de ce siècle dans ses provinces de l'Est.

A l'Ouest, séparées du reste de la monarchie se trouvait le groupe compact de la Westphalie et des provinces rhénanes, différant profondément l'une de l'autre au point de vue de la race, des lois, des usages et des mœurs. Traiter également ces deux provinces, il n'y fallait pas songer. Les Rhénans étaient attachés au Code civil qui répondait à leurs besoins (1) et les tentatives que fit la noblesse locale en vue de son abolition soulèvent les protestations générales. Après son échec la noblesse chercha à se soustraire personnellement à une législation successorale qui lui répugnait ; nous avons vu ailleurs (2) qu'elle réussit à obtenir un régime d'exception.

Les premières propositions de remembrement (3) faites à la même époque pour remédier aux fâcheux effets de la dispersion des parcelles furent également fort mal accueillies (4). Elles se heurtaient aux résistances des Rhénans, qui voyaient dans cette opération une atteinte à la liberté d'exploitation individuelle (5).

(1) On rencontre fréquemment dans les auteurs la formule suivante : « Le Code civil est passé dans la chair et le sang (Fleisch und Blut) de la population ». Cf. Gothein, *op. cit.*, p. 276.

(2) Cf. *suprà*, p. 161 et seq.

(3) Blondel, *Etudes sur les populations rurales de l'Allemagne*, p. 19.

(4) Gothein, *op. cit.*, p. 240.

(5) Un des plus énergiques adversaires du remembrement était Reichensperger. Cf. Gothein, *op. cit.*, p. 240.

La domination française (1) introduisit en Westphalie la libération des personnes (2). Le Code civil fut partout mis en vigueur sauf dans l'ancien duché de Westphalie qui était échu à la Hesse (3). Quant à l'abolition des charges féodales pesant sur les terres on procéda avec ménagements ; « ... elle ne s'opéra pas comme en France par le bouleversement de tous les liens existants, le roi Jérôme suivit au contraire le conseil de ses ministres allemands et la suppression d'une législation paysanne surannée s'accomplit par la voie d'une réforme légale ou par entente amiable entre les intéressés (4) ». Le décret du 23 janvier 1808 limita la portée de l'interprétation très large que l'on donnait à l'article 13 de la constitution du 15 novembre 1807. Les liens de dépendance personnelle se trouvaient seuls immédiatement supprimés, les charges et redevances grevant les immeubles comme équivalent de la concession du domaine utile étaient déclarées simplement rachetables.

Le rachat volontaire ne faisant aucun progrès, la loi du 18 août 1809 ordonna le rachat. Cette loi fut la source de difficultés sans nombre, les paysans cherchant à faire rentrer les prestations que l'on réclamait d'eux dans la catégorie de celles qui avaient été abolies sans indemnité. Une loi du 14 août 1812 n'eut pas le temps de produire effet. Aussi la confusion en matière de libération de la propriété foncière était-elle complète lorsqu'à la domination française succéda la domination prussienne.

Celle-ci se trouvait en présence de difficultés considé-

(1) La Westphalie actuelle avait été attribuée partie au nouveau royaume de Westphalie et à la France, partie aux grands-duchés de Berg et de Hesse.

(2) Article 13 de la constitution de Westphalie.

(3) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 64.

(4) Baernreither, *StammgüterSystem und Anerbenrecht, in Deutschland*, pp. 40 et 41.

rables : il s'agissait de mettre le Landrecht que l'on introduisait à la place du Code Napoléon, d'accord avec la nouvelle situation des paysans (1). Si la conciliation de l'un avec l'autre s'opéra, ce ne fut pas toujours au profit de ceux-ci (2). D'après la loi du 25 septembre 1820 le servage restait aboli et ce sans indemnité. On laissa intacte en général la liberté de disposition du paysan. Les 3 lois du 24 avril 1825 cherchèrent à réglementer le régime de la propriété paysanne (3). Tous les droits de propriété utile furent transformés en propriété pleine et entière ; toutefois les droits réels résultant de l'ancien domaine éminent du seigneur n'étaient pas supprimés notamment l'« Heimfallsrecht » (droit de retour) subsistait. Tant que ces charges grevaient les biens ceux-ci étaient indivisibles ; la question de savoir si les anciennes règles successorales s'appliquaient aux biens soumis à l'Heimfallsrecht fut résolue dans le sens de l'affirmative par la déclaration du 24 novembre 1833. De sorte qu'une bonne partie de la propriété paysanne se trouvait encore soumise à une législation de classe.

Celle-ci disparut peu à peu avec le rachat des droits seigneuriaux et définitivement avec la loi du 2 mars 1850.

Cependant l'application du droit successoral commun (Landrecht ou droit romain) aux biens de paysan non soumis à l'Heimfallsrecht n'avait pas été regardée par tous comme une sage mesure. Dans un rapport adressé au ministre de l'intérieur en 1824 le premier président de la province, le baron de Vincke (4) signalait les inconvénients

(1) Baernreither, *op. cit.*, p. 31 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 176.

(2) En 1814 suspension des dispositions françaises sur le rachat des dîmes, sur la chasse, la pêche, etc., ce qui donna lieu à bon nombre de réclamations. Baernreither, *loc. cit.*

(3) Riehl, *Westfälisches Bauernrecht*, p. 18 et seq.

(4) Dans le même sens que le baron de Vincke, le grand réformateur

du morcellement des Höfe et voyait un remède au danger qui menaçait dans l'introduction en Westphalie de la vieille distinction ostphalienne des biens clos et des biens mobiles (1) ; aux premiers s'appliquerait l'Anerbenrecht (2). Les vues du baron de Vincke trouvèrent bon accueil auprès des États provinciaux de la Westphalie qui s'efforcèrent d'en assurer le succès. Ils y parvinrent et obtinrent par la loi du 13 juillet 1836 une réglementation détaillée de la succession paysanne en Westphalie. Le but de cette loi tel que l'exposait le législateur (3) était, « par souci du maintien et de la formation d'un Bauernstand indépendant, de prendre des dispositions répondant mieux que les lois actuelles à la pensée et aux habitudes des classes rurales de la province de Westphalie et d'assurer en cas de partages de succession à l'héritier qui reprend le bien, les moyens de le conserver et de rester en état de transmettre à son tour l'héritage de ses pères dans son intégrité à ses descendants ».

Tombaient sous le coup de la loi tous les biens de paysans qui avant 1806 faisaient partie de biens, suivant une dévolution successorale différente de celle du droit commun et tous les biens qui y seraient soumis dans l'avenir par leur propriétaire. Cette qualité résultait d'une inscription sur un registre matricule où les biens de la première catégorie devaient également être inscrits sans que toutefois pour eux l'application de la loi dépendit de cette formalité. Étaient exclus les biens soumis à l'Heimfallsrecht et ceux payant moins de 5 thalers d'impôt foncier (4).

prussien Stein déplorait la disparition du Bauernstand par suite du morcellement des Höfe. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 339.

(1) Geschlossene und walzende Grundstücke. Cf. Gerber-Cosack, § 77, note 6 et loi saxonne du 30 novembre 1843. Cf. *suprà*, p. 337, note 1.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 339.

(3) Baernreither, *op. cit.*, p. 42 ; Miaskowski, II, *op. cit.*, p. 344.

(4) Cf. sur tous ces points ainsi que sur le commentaire de la loi

La loi n'avait d'ailleurs qu'une application subsidiaire, elle ne limitait en rien le droit de disposition du propriétaire. Il n'était fait d'exception à cette règle qu'à l'encontre du propriétaire sans enfants qui avait recueilli le bien à un taux modéré (1). Celui-là ne pouvait prendre aucune disposition de dernière volonté à l'égard du bien, il ne pouvait pas davantage le grever de dettes ou l'aliéner.

A défaut de dispositions contraires de la part du *de cuius* le bien devait être attribué à un seul des héritiers, l'Anerbe (2). Cet Anerbe reçoit en préciput la moitié de la valeur nette du bien ; l'autre moitié ainsi que le surplus de la succession se partage également entre les héritiers y compris l'Anerbe. Pour établir la valeur du bien on multiplie par 20 le revenu net cadastral, c'est ce procédé qui sert également de base pour le calcul des légitimes. De la valeur ainsi obtenue on déduit les charges réelles ainsi que les dettes qui dépassent le montant du surplus de la fortune (3).

Les soultes dues par l'« Uebernehmer » aux cohéritiers ne viennent à échéance qu'à la majorité ou au mariage de ceux-ci ; jusque-là elles donnent un intérêt de 4 0/0. Dans certaines hypothèses exceptionnelles les cohéritiers peuvent exiger leurs soultes avant ce terme, mais en aucun cas moins de deux années à dater de l'acquisition de l'Uebernehmer (4). Des facilités de paiement sont accordées à celui-ci lorsque pour acquitter les soultes il devrait grever le Hof pour plus de moitié de sa valeur (5). Les soultes ne portent pas intérêt lorsque l'Uebernehmer a pourvu

en général. Comte de Spee, p. 66 et seq. ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 340 et seq. ; Baernreither, *op. cit.*, p. 42 et seq.

(1) § 25.

(2) Avec préférence des fils sur les filles.

(3) § 7.

(4) § 19.

(5) § 20.

à l'entretien de ses cohéritiers sur le Hof (1). Dans ce cas ceux-ci ont même à lui fournir le secours de leurs bras pour l'exploitation du bien. Les soutes non payées reviennent à l'Anerbe en cas de mort du créancier sans enfants (2). Le paragraphe 9 de la loi contient des dispositions intéressantes sur la désignation de l'Anerbe à défaut de désignation faite par le chef de famille lui-même. Certaines d'entre elles n'ont pas peu contribué à l'échec de la loi de 1836.

Les fils sont préférés aux filles ; et parmi les fils ont le pas sur les autres ceux qui se sont consacrés à l'agriculture et qui ne se trouvent pas en possession d'un autre bien ou n'ont aucune semblable perspective. A situation égale sont préférés ceux qui sont bons pour le service militaire, et parmi ceux-ci ceux qui ont déjà servi ; quand toutes ces prescriptions se trouvent insuffisantes c'est l'âge qui décide.

L'Anerbe a des avantages d'ordre divers (taxe modérée, préciput, termes de paiement) ; il peut cependant voir améliorer encore sa position par acte de dernière volonté du *de cujus*. La légitime de droit commun se trouve sensiblement réduite à l'égard des propriétaires dont les Hôfe sont soumis à la loi de 1836 (3).

L'époux survivant non copropriétaire du bien conserve la jouissance de celui-ci jusqu'à la majorité de l'Anerbe lorsque ce dernier est un descendant du *de cujus* ; au cas contraire jusqu'à son remariage ou à sa mort. L'époux survivant copropriétaire du Hof (4) a le droit jusqu'à son remariage de désigner l'Anerbe lorsqu'il ne l'a pas été auparavant. En cas de remariage le survivant conserve

(1) § 21.

(2) § 23.

(3) § 6.

(4) En vertu de la communauté de biens fréquente en Westphalie.

un droit d'usufruit sur le Hof dans la mesure fixée par les statuts locaux, et la propriété passe immédiatement à l'Anerbe appelé en cas de succession *ab intestat*.

Cette loi échoua complètement (1); les populations y étaient hostiles; c'est ce que constatait en 1840 la commission générale de Münster et ces constatations se trouvaient confirmées par le premier président, baron de Vincke, confirmation d'autant plus précieuse qu'elle émanait d'un des promoteurs de la loi (2).

Ce qui causait l'échec de celle-ci c'était peut-être moins le principe lui-même qu'elle contenait que sa mise en œuvre avec des additions qui allaient directement à l'encontre des sentiments des paysans westphaliens. La loi intervenait d'une façon fâcheuse dans le régime des biens entre époux, ce qui choquait c'était principalement l'enlèvement à l'époux survivant de ses droits de disposition sur le bien, et l'impossibilité où il se trouvait d'apporter le Hof dans une seconde union (3).

D'autre part, les prescriptions de la loi relativement à l'ordre des successibles, si complètes qu'elles aient été, ne répondaient pas à la diversité des coutumes locales (4). Elles allaient directement à l'encontre des vues des populations qui pratiquaient de longue date le partage égal (5).

Quelques innovations excitaient au plus haut point le mécontentement des paysans, celles notamment faisant dépendre l'attribution de la qualité d'Anerbe de l'aptitude

(1) Baernreither, *op. cit.*, p. 46; Comte de Spee, *op. cit.*, p. 67; Miaskowski, *op. cit.*, p. 342; Fick, *op. cit.*, pp. 298 et 299; Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, pp. 368 et 369. Conférence agraire de Berlin, p. 294, discours de M. Glätzel, p. 243. Discours de M. Winkelmann.

(2) Baernreither, *op. cit.*, p. 46.

(3) Cf. Winkelmann, *loc. cit.*; la loi de 1836 empêchait le fonctionnement des Mahljahre qui étaient restées dans les mœurs.

(4) C'était ce que constatait le baron de Vincke dans son rapport.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, p. 342.

au service militaire, donnant même la préférence à l'héritier ayant satisfait à ses obligations de ce genre (1).

Enfin la disposition du paragraphe 25 (2) de la loi souleva le mécontentement de la population qui y vit un retour à un régime de dépendance depuis peu aboli.

Non seulement la loi ne fut pas appliquée, mais elle eut encore des conséquences fâcheuses. Pour éviter les effets de la loi, les paysans conclurent des contrats apparents, renoncèrent à l'exploitation du Hof à un âge peu avancé, morcelèrent les biens, vécurent en concubinage pour ne pas procréer d'enfants légitimes auxquels la loi put s'appliquer.

L'attaque contre la loi nouvelle fut menée avec beaucoup de vigueur par V. Waldeck (3), soutenu dans la lutte non seulement par des amis politiques, mais aussi par bon nombre de membres du Bauernstand (4). Dès 1839, on proposait au Landtag westphalien la suppression des défauts de la loi. La Commission générale de Münster et le baron de Vinke (5) confirmaient la répulsion que les paysans éprouvaient à son égard. Le 6^e Landtag provincial en 1842 proposait de suspendre l'application de celle-ci. La motion ne recueillit pas la majorité nécessaire ; mais les représentants des campagnes n'en persistèrent pas moins à demander par un vote séparé la suppression de la loi de 1836.

(1) Winkelmann, *op. cit.*, p. 244 ; Miaskowski, *loc. cit.* ; Comte de Spee, *op. cit.* Le mauvais souvenir de cette disposition n'a pas disparu de l'esprit du paysan westphalien. Un propriétaire de Hof déclarait au comte de Spee ne pas être hostile à l'Anerbenrecht légal à condition qu'il n'y soit pas question de service militaire. Comte de Spee, *loc. cit.*, note 1.

(2) Cf. *suprà*, p. 422.

(3) Cf. l'opinion de celui-ci sur l'Anerbenrecht, *suprà*, p. 386, note 2.

(4) Waldeck était un libéral et fut dans la suite un des chefs du *Fortschrittspartei* prussien (parti progressiste avancé).

(5) Cf. *suprà*, p. 424.

C'était également l'opinion de deux ministres de la justice, Mühler et de Savigny (1), dans leurs rapports (2) faits à l'occasion du mouvement d'hostilité qui s'accusait de plus en plus contre la loi. Tous deux se prononçaient en faveur d'une législation facilitant les actes de disposition des parents sur le Hof, soit au point de vue de la forme soit au point de vue fiscal (3). Une loi générale d'après eux n'aurait jamais la souplesse nécessaire pour répondre aux besoins de chaque cas concret et s'y adapter exactement. « Voudrait-on pour chaque localité, écrivait de Savigny dans son rapport, établir une règle de dévolution successorale particulière répondant à ses mœurs, qu'elle paraîtrait souvent peu convenable pour chaque espèce et dans tous les cas n'empêcherait pas les intéressés de prendre eux-mêmes leurs dispositions conformément à la coutume dans chaque hypothèse. » La cause en est d'après Savigny dans ce fait que la succession au bien ne constitue pas une transmission à part se séparant nettement du surplus de la fortune paysanne comme une succession *ex pacto et providentia majorum*. Il s'ensuit que le besoin d'avantager l'Anerbe diminue en raison directe des ressources que contient la succession pour acquitter des soultes se rapprochant de la pleine valeur du bien. « Un agriculteur qui, en dehors de son Hof possède peut-être d'autres propriétés, des parts de mine ou une fortune mobilière et trouve par là de quoi faire à ses autres enfants une situa-

(1) Le grand romaniste.

(2) Ces deux rapports ont été reproduits en appendice du projet de Landgüterordnung pour la Westphalie en 1882 (Drucksachen des preussischen Herrenhauses Sitz. Periode, 1882, Nr 16). Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 369 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 47 et seq. ; Comte de Spee, *op. cit.*, p. 67 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 204 et 343.

(3) Mühler proposait notamment la suppression du timbre de valeur sur les contrats de transmission au profit de descendants. Baernreither, *op. cit.*, p. 59.

tion égale à celle de l'Anerbe se sentira naturellement beaucoup moins disposé à ne tenir compte du Hof à l'Anerbe que pour moitié de sa valeur que lorsque celui-ci doit fournir à ses cohéritiers leurs soultes sur le bien lui-même. » Le préciput de l'Anerbe variera donc selon les circonstances, le chef de famille le mesurera sur les nécessités de l'espèce et l'état de sa fortune. Si la loi doit intervenir en cette matière, que cela ne soit pas avec la pensée de rendre tout contrat de transmission inutile, mais d'établir seulement des règles très générales et très simples répondant à la volonté présumée du *de cujus* pour le cas exceptionnel où celui-ci surpris par la mort n'a pas pu désigner son successeur. Savigny se déclarait satisfait de la transmission intégrale contractuelle telle qu'elle fonctionnait en Westphalie (1).

Les autorités judiciaires locales donnaient en grande partie raison aux deux ministres.

Ce fut dans le sens indiqué par les deux rapports que l'ordre de cabinet du 5 janvier 1844 chercha à remédier aux inconvénients qui résultaient de la loi de 1836. Il voulait faciliter aux paysans la passation de contrats de transmission intégrale, et la confection d'actes de dernière volonté ayant le même but. Les formes des uns et des autres se trouvaient simplifiées, les frais de justice et de notaire pour contrats entre proches parents ou entre époux étaient réduits de moitié, les droits levés d'après la valeur étaient complètement supprimés pour ce cas ; les tribunaux étaient enfin invités à provoquer les liquidations amiables de succession (2).

(1) L'éminent romaniste restait d'accord avec lui-même ; on sait qu'il avait une antipathie profonde pour la loi écrite à laquelle il préférait la coutume.

(2) Baernreither, *op. cit.*, p. 51 ; Miaskowski, *op. cit.*, pp. 343 et 344.

La loi de 1836 n'était cependant pas abolie. Les tentatives qui furent faites en 1844 pour l'améliorer (1) sous la forme d'un nouveau projet de loi échouèrent. Enfin l'ordonnance du 18 décembre 1848 supprimait la loi de 1836 ainsi que le Kabinetsordre du 5 janvier 1844 et les lois de 1825 qui avaient rétabli pour certaines classes de biens les anciennes dispositions locales sur les successions (2).

Le droit commun des successions devenait de nouveau applicable en Westphalie, mais cette fois à tous les biens sans distinction. Il ne tarda pas à être modifié dans l'espace de quelques années par une série de lois ne cherchant plus comme celle de 1836 à intervenir directement en matière de transmission successorale des biens, mais d'une façon détournée en facilitant la reprise du Hof par l'Uebernehmer. Ces lois répondaient au tour d'esprit alors régnant en Allemagne qui sans aller jusqu'au « laisser faire, laisser passer », estimait que la prospérité générale dépendait beaucoup plus de l'initiative individuelle favorisée par le moyen de certains encouragements médiats que d'une imixtion directe des pouvoirs publics en matière économique ou législative.

Ces lois sont celles du 4 juin 1856, du 16 avril 1860 (3).

D'après la première résultant de pétitions qui émanaient des communes rurales de Westphalie et s'appliquant, à la différence de la loi de 1836, à tous les biens ruraux sans distinction (4), des règles spéciales sont posées en matière

(1) Les représentants des régions de partage égal firent au nouveau projet une opposition ardente dans le Landtag westphalien.

(2) Cf. *suprà*, p. 420.

(3) Baernreither, *op. cit.*, p. 51 et seq.; Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 191 et seq., II, pp. 317, 344; Brentano, *op. cit.*, p. 370. Comte de Spee, *op. cit.*, pp. 15 et 19.

(4) Et non plus seulement aux seuls biens de paysans. Étaient toutefois exceptés de la loi les biens ne payant pas au moins 25 thalers de revenu net cadastral, ainsi que les biens non paysans situés dans la banlieue des villes.

d'évaluation de la légitime, lorsque la disposition attribuant un bien rural à l'un des enfants ou au conjoint est attaquée pour atteinte à celle-ci. La légitime est à calculer en prenant pour base la valeur de 16 fois le revenu net cadastral du bien, déduction faite des charges. A cette somme il convient d'ajouter celle provenant de l'évaluation des dépendances, des établissements industriels, etc. Des termes sont accordés à l'Uebernehmer pour le paiement des soultes. Chaque intéressé peut exiger que le revenu net véritable, plus élevé que le revenu net cadastral, soit pris pour base de l'évaluation.

En cas de succession *ab intestat* à laquelle des personnes en tutelle sont appelées, le tribunal de tutelle est obligé de tenter un accord amiable entre les intéressés en vue de maintenir le bien dans la famille à des conditions acceptables pour tous. Les règles de taxation indiquées précédemment doivent être appliquées à défaut de circonstances spéciales justifiant la fixation d'un prix plus élevé.

Le paragraphe 9 de la loi ordonne une extension, très importante, de celle-ci au cas où le bien fait partie de la masse d'une communauté conjugale et qu'après la mort de l'un des époux il y a lieu de liquider la communauté entre le survivant et les enfants.

Les difficultés qui peuvent surgir de la loi sont déférées à un tribunal arbitral.

Cette loi, on le voit, ne restreint la légitime que d'une façon indirecte. Elle facilite la transmission intégrale en ce sens qu'elle permet au disposant de ne pas être obligé de tenir compte de la pleine valeur de son bien. Toutefois elle n'a pas répondu aux besoins ; elle ne s'applique en effet que de l'accord de tous les intéressés ; les règles d'évaluation du droit commun doivent être appliquées dès que l'un d'eux le demande. Que les occasions de le faire ne manquent pas, c'est ce qui résulte de la constata-

tion que le mode de taxation établi par la loi attribue au bien une valeur fort au-dessous de sa valeur véritable (1). Enfin la loi ne s'applique qu'autant que le *de cujus* a disposé; elle n'offre de ressource que dans les successions *ab intestat* auxquelles les mineurs sont appelés.

La loi du 16 avril 1860 a eu pour but de régler le régime des biens entre époux et de supprimer les difficultés que faisait naître la simultanéité d'application des principes de la communauté, fréquente en Westphalie, et de la transmission intégrale.

Il ne peut être disposé sur le Hof faisant partie de la communauté que de l'accord des deux époux lorsqu'il y a des enfants du mariage. Au cas contraire chacun des époux peut faire de sa part une attribution *mortis causa*. L'époux survivant est en droit de rester en communauté avec ses enfants, à moins que le *de cujus* n'ait ordonné un partage immédiat. L'époux survivant peut d'ailleurs demander à tout moment le partage de la communauté et doit le subir en cas de remariage.

Il a des droits importants sur la communauté continuée (2); il l'administre et fait sur elle tous actes de disposition; il peut notamment en régler la dévolution successorale et désigner l'Anerbe, les légitimes des autres enfants sur la fortune du survivant et leur droit à une part héréditaire sur la fortune du prémourant demeurant toutefois réservés (3).

(1) Qui répond en moyenne à 20-25 fois le revenu cadastral, parfois 40-60. C'est ce qui résulte d'une enquête faite en 1871 auprès des tribunaux de la région. Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 194.

(2) § 10. A ce point de vue, la loi de 1860 se distingue profondément de celle de 1836.

(3) Tant que dure la communauté, un enfant ne peut disposer de sa part qu'en faveur d'un membre de la communauté. D'après la loi du 22 juillet 1861 applicable à l'ensemble de la monarchie prussienne, les contrats de transmission de biens entre ascendants et descendants ne

A l'occasion de la discussion de la loi de 1856 on s'était demandé à la Chambre des députés prussienne s'il ne conviendrait pas d'étendre la loi aux provinces au delà de l'Elbe. Une décision en ce sens (26 avril 1856) renouvelée dans les deux années qui suivirent ne trouva pas accueil auprès du gouvernement qui, s'appuyant sur les données d'une enquête faite entre temps auprès des autorités administratives et judiciaires, nia le besoin d'une extension. On ne se trouvait en présence ni d'un morcellement dangereux de la propriété ni d'un endettement excessif du sol. Les pratiques de transmission intégrale du Bauernstand étaient de nouveau constatées, mais on se faisait scrupule, pour divers motifs de les traduire en loi. Le Bauernstand y verrait une tutelle injustifiée, d'ailleurs la variété des faits ne permettait pas l'établissement de règles générales (1). Le gouvernement par l'organe du ministre de la justice ne faisait dans ce cas spécial que suivre l'opinion dominante en grande partie acquise à la théorie du « laisser-faire, laisser-passer » à ce que l'on appelle en Allemagne le « manchestérianisme ».

Ce furent les événements de 1866 qui, par l'incorporation du Hanovre dans la monarchie prussienne, donnèrent un aliment nouveau à la question de la réforme du droit successoral en général et à celle de l'Anerbenrecht en particulier (2).

doivent acquitter l'impôt du timbre sur le prix d'acquisition que déduction faite des charges (*Altenteile*, Aliments, etc.) et de la portion du prix que l'Uebernehmer doit considérer comme sa future part héréditaire (§ 1, 4^e). La loi sur le timbre du 31 juillet 1895 a accentué encore ces faveurs fiscales. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 68. Cf. notre loi de finances de 1824, dont les bonnes intentions ont été depuis longtemps rendues vaines par la virtuosité de l'administration fiscale française.

(1) Miaskowski, *op. cit.*, pp. 318 et 319.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 321 et seq. ; Wittich, *op. cit.*, p. 428 et seq. ; Baernreither, *op. cit.*, p. 19 et seq. ; Grossmann, *op. cit.*, p. 49 et seq.

La législation française, lors de l'occupation du Hanovre au début du siècle, s'était montrée favorable aux paysans qui sous l'empire de conjonctures agricoles propices avaient pu mettre à profit les besoins d'argent (1) des seigneurs et se libérer. Dès la fin de 1813, l'ancienne constitution foncière était rétablie dans le Hanovre actuel (2), avec assez de brutalité dans l'ancien Electorat, là où on n'y respecta pas les libérations réalisées. On agit avec plus de ménagement à Hildesheim où l'on reconnut la validité de la législation de l'ancien royaume de Westphalie.

Toutefois l'idée d'une réforme pénétrait dans les cercles les moins disposés aux innovations ; la réalisation s'en fit cependant attendre moins par respect pour la tradition que par patriotisme. On ne voulait pas avoir l'air de suivre les indications du régime français (3). En 1829 Stüve présentait une motion aux termes de laquelle la constitution agraire hanovrienne devait être mise d'accord avec les idées modernes. Acceptée par la seconde chambre cette motion fut repoussée par la première. Stüve fit alors paraître son livre sur les charges de la propriété foncière qui eut beaucoup de succès. Le mouvement de réforme ne tarda pas à gagner la première chambre et le gouvernement lui-même présidé par le comte Münster, sous l'impression de l'écho que la Révolution de 1830 trouva en Hanovre (4). Enfin fut votée la loi du 10 novembre 1831 que suivit l'ordonnance du 23 juillet 1833.

La loi du 10 novembre 1831 n'était qu'un compromis entre le gouvernement qui voulait une réforme ne rompant

(1) La noblesse avait perdu avec la conquête la ressource de bon nombre de pensions acquittées par l'Etat. Wittich, *op. cit.*, p. 428.

(2) Avec le servage dans la principauté d'Osnabrück et le comté de Bentheim. Grossmann, *op. cit.*, p. 33.

(3) Wittich, *op. cit.*, p. 430.

(4) Wittich, *op. cit.*, p. 432.

pas brusquement avec les traditions (1) et les Etats qui voulaient la liberté de la terre ; mais pouvoir exécutif comme pouvoir législatif étaient d'accord sur un point, celui du maintien de la législation successorale paysanne. Le paragraphe 33 de la loi de 1831 décidait que le droit de disposition du propriétaire d'un Hof libéré serait soumis aux mêmes restrictions que celles auxquelles soit la loi, soit la coutume, soumettait le propriétaire d'un Hof libre de la même région (2).

La dévolution successorale prévue pour les Höfe libérés par le paragraphe 34 de la loi de 1831 fut réglementée par l'ordonnance du 23 juillet 1833. Toutes les anciennes règles se trouvaient maintenues avec leurs variétés locales. La participation du seigneur aux contrats portant sur le Hof disparaissait avec le rachat, toutefois le contrôle de l'autorité publique se trouvait conservé (3). L'Etat comme l'a fait remarquer M. Wittich facilitait la disparition du régime seigneurial mais cherchait à maintenir les institutions qui fonctionnaient sous lui (4).

Le rachat des droits seigneuriaux s'opéra avec activité et sans que ce rachat fût marqué en Hanovre comme à l'Est par une absorption de la propriété paysanne au profit de la grande propriété. Il avait lieu fréquemment en capital surtout au Sud du royaume. D'ailleurs le législateur hanovrien avait pris des mesures énergiques pour

(1) Dans un premier projet présenté par le gouvernement aux Stände hanovriens en 1831 la séparation de parcelles du Hof libéré des droits seigneuriaux n'était permise que dans certains cas exceptionnels. De même le droit de disposition du propriétaire d'un Hof libéré devait être soumis à diverses restrictions. La loi ne s'appliquait pas aux Höfe libres avant l'Ablösung. Les Stände repoussèrent ce projet. Grosssmann, *op. cit.*, pp. 40 et 41.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 321.

(3) Grossmann, *op. cit.*, p. 41.

(4) Wittich, *op. cit.*, p. 345.

empêcher le rachat des droits seigneuriaux en terres.

Cette législation n'était qu'une pierre d'attente ; elle avait un caractère essentiellement provisoire ; toutefois le gouvernement hanovrien ne se trouva jamais en état de présenter un projet de réglementation définitive aux Stönde. La majorité de ceux-ci était pour la suppression de la Gebundenheit avec maintien de l'Anerbenrecht ; mais la diversité des coutumes locales rendait très délicat un règlement satisfaisant de cette difficile question. Pendant 30 ans, les commissions se succédèrent : « Elles avaient toutes assemblé d'abondants documents qui, finalement, trouvèrent un repos bien mérité sous la poussière des archives (1). »

Cependant, une solution de la question s'imposait ; la législation des Höfe constituait une véritable mosaïque. Non seulement les lois et coutumes variaient de région à région, mais encore dans chacune d'elles, le droit (2) applicable variait d'un Hof à l'autre, selon que le Hof avait été libre de tout temps, selon qu'il s'était libéré récemment ou demeurait encore soumis aux droits seigneuriaux (3).

L'annexion du Hanovre par la Prusse en 1866 rendait une décision encore plus nécessaire. Le mérite de l'initiative revint au Landtag de la province qui formula sur la motion du député Miquel, auprès du gouvernement prussien, le vœu d'une prompte réforme du droit successoral paysan (4). Le gouvernement déféra à ce vœu et nomma une commission chargée de la confection d'un projet de loi. Composée de membres de l'administration et des corps judiciaires hanovriens, elle elabora un projet qui, dans ses lignes essentielles, se rattachait à un des projets

(1) Miaskowski, *op.cit.*, II, p. 322.

(2) Législation successorale, régime des biens entre époux, etc.

(3) Baernreither, *op.cit.*, p. 20.

(4) Miaskowski, *op.cit.*, II, p. 322.

d'une des nombreuses commissions constituées sous la domination welfe. Il maintenait la vinculation des biens à l'égard des dispositions entre vifs et consacrait l'Anerbenrecht. La minorité de la commission ne déclarait vouloir accepter que l'Anerbenrecht et elle trouvait appui auprès du ministre prussien qui se faisait scrupule de rompre avec les principes libéraux de la législation Stein-Hardenberg. Le projet final ne contenait plus de dispositions que sur l'Anerbenrecht (1). La minorité de la commission reflétait l'opinion de la majorité du Landtag provincial.

A la date du 6 juillet 1871, celui-ci se prononçait pour la pleine liberté de disposition des propriétaires de Höfe et le maintien d'un Anerbenrecht *ab intestat*. C'est au premier de ces désirs que la loi sur les livres fonciers dans la province de Hanovre (28 mai 1873) donna satisfaction en supprimant les prohibitions de morceler ou l'exigence du concours des autorités aux *Höfekontrakte* (2).

Cependant la bureaucratie prussienne élaborait à la même époque un projet de loi successorale où il n'était aucunement question de l'Anerbenrecht ; on voulait appliquer au Hanovre purement et simplement le Landrecht prussien (3) ; l'administration n'accordait pas grand crédit à ces vieilles lois de transmission intégrale, elle estimait leur unification inutile. L'expérience et la science condamnaient la transmission intégrale ; il n'était point besoin d'un droit paysan spécial en matière de dévolution héréditaire pour assurer le maintien du Bauernstand. Il se conservait en Prusse aussi bien qu'ailleurs et en dehors de toute réglementation législative. Les motifs du projet de loi faisaient valoir que les mœurs suffisaient amplement

(1) Grossman, *op. cit.*, p. 43.

(2) Baernreither, *op. cit.*, p. 22 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 324.

(3) Grossmann, *op. cit.*, p. 45 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 323.

à maintenir l'Anerbenrecht à l'état de coutume. « Cette coutume est plus forte que n'importe quelle loi. »

Le projet excita un très vif mécontentement en Hanovre. Dans sa session de 1872 le Landtag provincial recevait 272 pétitions émanant pour la plupart de cercles payans et réclamant le maintien de l'Anerbenrecht (1). Les autorités administratives de la province consultées sur le projet ne lui furent point favorables ; le premier président de la province signalait la suppression de l'Anerbenrecht « comme la mesure la plus impopulaire qui se pût imaginer (2) ».

Au projet gouvernemental le Landtag provincial répondit par le sien. L'assemblée restait fidèle aux idées qu'elle avait émises en 1871 ; toutefois comme il n'y avait pas d'espoir « en n'acceptant pas les principes du droit commun de pouvoir compter sur une acception du projet à Berlin », on ne proposait l'Anerbenrecht que comme un droit subsidiaire, ne s'appliquant que sur la volonté expresse du *de cujus* manifestée par une inscription dans un registre public. Le Landtag hanovrien faute de mieux, proposait le système des Höferollen (3).

Le projet fut bien accueilli des paysans et la plupart des Amtsrichter se prononcèrent pour lui. Par contre les autorités judiciaires plus élevées lui furent nettement défavorables (4). Quoique les vues de l'administration prussienne n'eussent pas changé depuis 1871 le gouvernement ne fit cependant pas mauvais accueil au projet qu'il remania toutefois dans un sens favorable au droit commun avant de le présenter au Landtag prussien (5). Le minis-

(1) Baernreither, *op. cit.*, p. 22 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 324.

(2) Grossmann, *op. cit.*, p. 46.

(3) Après la commission chargée de l'élaboration du projet. Cette commission était composée de MM. André, Meyersburg et Braun.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 325.

(5) Baernreither, *op. cit.*, p. 27 ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 326.

tre de la justice, M. Leonhardt, ne voyait dans la loi qu'une étape dans le sens de la généralisation progressive du droit commun. Elle ne pouvait fonctionner qu'avec l'appui de la coutume, on ne pensait pas que cette dernière pût se soutenir seule.

Le projet devint loi à la date du 2 juin 1874 non sans avoir subi quelques affaiblissements (1). D'après la proposition du Landtag hanovrien, toutes les exploitations agricoles pourvues d'une maison d'habitation pouvaient être inscrites sur les Höferollen ; la loi de 1874 ne permettait que l'inscription des immeubles qui avaient jusqu'alors été transmis d'après les règles de l'Anerbenrecht. De plus la possibilité de prendre des inscriptions ne pouvait pas dépasser la date du 1^{er} juillet 1885, le projet du Landtag hanovrien ignorait un semblable terme. Enfin l'inscription ne produisait effet qu'autant que le *de cujus* à son décès était domicilié sur le Hof ou sur l'un des Höfe inscrits ; le projet hanovrien se contentait d'un domicile dans le ressort d'application de la loi.

Ces modifications au projet primitif furent supprimées par la loi du 24 février 1880. Elles avaient donné lieu à des plaintes dont de nombreuses pétitions soit au Landtag provincial soit au Landtag prussien s'étaient constituées l'interprète (2). Cette loi, à la différence de la première, fut chaudement recommandée par le gouvernement et acceptée à une grande majorité.

C'est que, dans l'espace des six années qui s'étaient écoulées depuis le vote de la première loi, un revirement

(1) Cf. § 5 de la loi de 1874 (*Gesetzsammlung*, 1874, n° 14, p. 186 et Frommhold, *Deutsches Anerbenrecht*, p. 1) ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 326 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 26 ; Grossmann, *op. cit.*, p. 47.

(2) On n'avait pu établir qu'avec difficulté en pratique les biens qui traditionnellement avaient été soumis à l'Anerbenrecht. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 328.

d'idées s'était produit dans l'administration prussienne. Elle abandonnait le point de vue historique qui l'avait guidée en 1874 et s'en tenait maintenant au point de vue économique en reconnaissant que l'Anerbenrecht répondait à un besoin (1).

Depuis la loi de 1880, un nouveau pas a été accompli par la loi du 20 février 1884. La première excluait du bénéfice de l'Anerbenrecht les biens nobles donnant droit au Landtag (landtagsfähige Rittergüter). C'est cette dernière exception que la loi de 1884 a fait tomber conformément à la décision unanime du Landtag hanovrien du 8 novembre 1883 (2). Les Stammgüter et les Fidécourmis sont désormais les seuls biens ne pouvant pas être inscrits sur les Höferollen.

Dans le grand-duché d'Oldenbourg comme en Hanovre l'organisation d'un Anerbenrecht unifié (3) se rattacha à la question de la libération de la terre. Comme moyen terme entre des avis opposés (4) on finit par adopter un Anerbenrecht indirect c'est-à-dire le système des Höferollen (loi du 24 avril 1873 sur l'Erbrecht (5)).

Dans le duché de Brunschwic la propriété paysanne avait été libérée de bonne heure des charges qui pesaient sur elle, mais n'en restait pas moins soumise à la tutelle de

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 43 ; Miaskowski, *op. cit.*, p. 330.

(2) Miaskowski, *loc. cit.*

(3) Appelé ici *Grunderbrecht*. Cf. Art. 2 de la loi sur l'Erbrecht du 24 avril 1873. *Gesetzblatt für das Herzogthum Oldenburg*, t. 22, n° 129.

(4) Était défavorable au Grunderbrecht Beaulieu-Marconnay chargé d'un rapport sur la liberté des aliénations et la question du *Grunderbrecht*. Cf. de Beaulieu-Marconnay, *Das bäuerliche Grunderbrecht vom Standpunkt des Gesetzgebers*, Oldenburg, 1870.

(5) Complétée par la loi du 15 janvier 1895. Cf. *Gesetzblatt*, t. 30, n° 90.

Les dispositions de la loi de 1873 ont été étendues avec quelques modifications de détail à la principauté de Lübeck dépendance du grand-duché d'Oldenbourg (loi du 10 janvier 1879).

l'État ; celle-ci se manifestait sous la forme de restrictions au droit de disposer du propriétaire. Enfin subsistait un Anerbenrecht légal (1). Le Landtag brünswickois chercha en vain pendant de longues années (2) à obtenir du gouvernement une renonciation aux règles qui limitaient la liberté de disposition des propriétaires. Il n'obtint gain de cause qu'en 1873. Le projet qui lui fut alors soumis devint loi à la date du 28 mars 1874 (3). La loi abolissait toutes les entraves pesant sur la propriété, mais maintenait l'Anerbenrecht comme régime de succession *ab intestat* des biens de paysan. Nous avons ici un cas d'Intestanerbenrecht (4) direct adopté dans le Brünswick de préférence à tout autre à la suite de l'expérience fâcheuse que l'on avait faite avec la loi du 20 mai 1858 abandonnant à la volonté des intéressés le soin de soumettre leurs biens à un régime déterminé.

D'après la loi du 21 février 1881 se trouvait étendue au duché de Lauenbourg avec quelques modifications insignifiantes, l'application de la loi de 1874 sur l'introduction des Höferollen en Hanovre. L'extension avait lieu à la demande des États de la province et fut obtenue du Landtag prussien sans difficultés (5).

La loi sur la création des Höferollen en Hanovre avait donné une nouvelle activité à la question du droit successoral paysan, l'intérêt public fut éveillé au plus haut point quelques années après par la solution que donnait au problème le baron de Schorlemer-Alst dans un projet de

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 333.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 334.

(3) Baernreither, *op. cit.*, p. 39.

(4) Sur les différentes formes d'Anerbenrecht *suprà*, p. 112 et seq.

(5) Il est curieux de constater que le parti avancé qui avait fait une très vive opposition à la première loi, celle de 1874, se prononça pour partie en faveur de la nouvelle. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 337.

loi resté célèbre dans les annales de l'Anerbenrecht (1).

A l'instigation du baron de Schorlemer-Alst, l'association des paysans de Westphalie, qui en 1878 comptait 18.000 membres dont les 3/4 appartenaient au Bauernstand, nomma une commission chargée d'élaborer un projet de loi sur la transmission successorale des immeubles ruraux. Le projet ainsi préparé fut adopté à l'une des assemblées générales de l'association. La liberté de disposition du propriétaire se trouvait maintenue, mais au décès de celui-ci, à défaut de disposition contraire, le bien était transmis d'après les règles de l'Anerbenrecht dont le projet contenait le détail. La loi ne s'appliquait qu'aux immeubles ruraux de 75 marks de revenu net d'impôt foncier. Ce projet se rattachait dans le menu de ses dispositions à la loi de 1836 pour la Westphalie, ainsi qu'au projet de loi demeuré sans effets de 1844 (2). Le projet de loi du baron de Schorlemer-Alst fut en général bien accueilli (3) dans les cercles politiques les plus divers. Présenté au Landtag prussien, il fut accepté par tous les partis (4); le gouvernement lui-

(1) Blondel, *op. cit.*, p. 205; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 345 et seq.; Baernreither, p. 54 et seq.; Grossmann, *op. cit.*, p. 68 et seq.; Brentano, *op. cit.*, p. 370; Sering, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Supplément, p. 477, Iéna, 1895.

(2) Cf. *suprà*, p. 428.

(3) D'après M. Miaskowski la raison de ce fait contrastant avec le mouvement intense d'hostilité qu'avait rencontré la loi de 1836 serait à expliquer de deux manières.

Tout d'abord les cercles paysans qui se prononçaient actuellement en faveur du projet s'étaient tus en 1836 et l'on n'avait entendu que les cris de protestation des travailleurs des districts industriels. D'autre part le projet Schorlemer-Alst tenait en général plus compte des idées modernes et du droit de disposition du propriétaire. Enfin l'opinion des paysans avait pu être modifiée par les premières constatations de la crise agraire. La méfiance qu'ils avaient pour les grands propriétaires à la suite de l'abolition du régime seigneurial s'était d'ailleurs dissipée. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 347.

(4) A l'exception du *Fortschrittspartei*. Cf. sur les débats Baernreither, *op. cit.*, p. 59 et seq.

même en reconnut les mérites sans vouloir se prononcer avant d'avoir consulté les autorités et pouvoirs locaux. Le Landtag provincial l'adopta, après quelques modifications à une forte majorité (1). Par contre l'administration s'y montra en général défavorable : elle estimait que les paysans savaient se suffire à eux-mêmes avec leurs fortes coutumes, notamment leurs contrats de cessions de biens, et à défaut de ceux-ci les héritiers s'entendaient toujours à l'amiable pour écarter les inconvénients du morcellement (2). A l'appui les autorités hostiles au projet faisaient valoir des statistiques desquelles il résultait que le nombre des exploitations susceptibles d'entretenir des attelages n'était pas en baisse (3). Celles-ci comptaient en 1860 33.431 exploitations représentant 975.718 hectares, en 1879, 33.820 couvrant une superficie de 981.684 hectares (4). L'appréciation des autorités locales, les statistiques dont elles l'appuyaient, le souvenir de l'échec de la loi de 1836 décidèrent de l'attitude du gouvernement à l'égard du projet d'Anerbenrecht direct *ab intestat* pour la Westphalie. Celui-ci n'accepta que le système des Höferollen, il croyait par là offrir un point d'appui suffisant à des coutumes qu'il appréciait et empêcher leur disparition. Un projet en ce sens fut présenté à l'examen du Landtag provincial suivant.

Celui-ci prit le parti qu'avaient pris plusieurs années auparavant le Landtag provincial hanovrien ; faisant contre fortune bon cœur il accepta ce qui lui était offert après l'avoir toutefois modifié. Ce projet fut présenté en janvier 1882 au Landtag prussien et suivi d'un second projet

(1) La minorité elle-même n'en était pas à nier la nécessité d'une dévolution successorale paysanne spéciale ; elle se contentait d'un remaniement de la loi de 1856. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 348.

(2) Baernreither, *op. cit.*, p. 63.

(3) « *Spannfähige bäuerliche Nahrungen.* »

(4) Baernreither, *op. cit.*, p. 64.

étendant à quelques districts de la province du Rhin la législation des Höferollen (1). Le projet devint loi à la date du 30 avril 1882 (2). Celle-ci se distingue sur certains points de la loi applicable au Hanovre qui lui a cependant servi de modèle. Cette « Landgüterordnung » n'appartiendra bientôt plus qu'à l'histoire. Elle a cessé d'être en vigueur à partir du 1^{er} juillet 1899 et sera remplacée à partir de 1900 par la loi du 2 juin 1898.

A l'occasion de la discussion du projet Schorlemer-Alst, M. de Minnigerode présenta à la Chambre des députés une motion aux termes de laquelle le gouvernement était prié de présenter au Landtag pour les autres provinces après avis des autorités locales des propositions de lois analogues à celle actuellement en discussion pour la Westphalie (3). La motion fut acceptée à une grande majorité.

Le projet de loi pour la Westphalie fut présenté aux divers Landtage provinciaux qui eurent à se prononcer sur l'opportunité de l'extension à leur province d'une législation analogue. Les réponses furent des plus différentes. Certains Landtage se montrèrent favorables à une réforme du droit successoral, d'autres défavorables, un enfin ne se prononça pas (4).

Les Landtage favorables furent :

1^o Le Landtag de la province de Brandebourg.

Dans cette province la législation était des moins propices à la transmission intégrale. Le droit applicable en

(1) Kreise de Rees, Essen, Duisburg et Mülheim an der Ruhr.

(2) Elle porte le titre de Landgüterordnung.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 353 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 79. Il y avait déjà eu en 1874 des vœux en ce sens (à l'occasion des débats sur les Höferollen hanovriens) de la part du comte Wintzingerode et du comte Udo Stolberg, députés.

(4) Le Landtag provincial de Poméranie se déclara hors d'état de donner un avis en l'absence de renseignements statistiques. Miaskowski, *op. cit.*, p. 355.

matière successorale était, indépendamment de quelques coutumes (1), le Landrecht prussien et le droit provincial reposant sur la *Constitutio Joachimica* de 1527 et l'*Erbschaftsdecret* de 1765. Le Landrecht et la constitution ont ceci de commun qu'ils maintiennent l'égalité entre héritiers et permettent la vente aux enchères du bien en vue de faciliter la liquidation de la succession et l'établissement des légitimes (2).

Le régime des biens organisé entre époux par la « *Constitutio Joachimica* » est des plus favorables à l'époux survivant, mais par contre fort peu à l'indivisibilité successorale des immeubles ruraux. L'époux survivant peut demander que la succession soit partagée comme s'il y avait eu communauté universelle entre lui et le *de cujus* et cela alors même qu'il n'aurait rien apporté en mariage (3). La moitié de la succession lui est attribuée, même à l'encontre d'un testament, comme portion statutaire, c'est l'équivalent d'une légitime (4). L'autre moitié revient aux descendants ou autres parents du *de cujus*; c'est également sur cette moitié qu'ils prennent leur légitime. Mais comme cette légitime est calculée sur la masse de la succession (5) il s'ensuit qu'en présence d'un certain nombre d'enfants les volontés testamentaires du *de cujus* à l'égard de biens constituant son apport exclusif ne peuvent pas être respectées.

La question de l'introduction de l'Anerbenrecht en

(1) Dans la province de Brandebourg il y avait en vigueur 7 droits successoraux différents. Baernreither, *op. cit.*, p. 82.

(2) Cf. Blondel, *op. cit.*, p. 208 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 80 et seq. ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 355.

(3) L'époux survivant qui a fait des apports doit les laisser figurer dans la masse.

(4) Baernreither, *op. cit.*, p. 82.

(5) La légitime est calculée sur le tout, mais ne peut trouver satisfaction que sur la moitié de l'ensemble.

Brandebourg ne pouvait donc invoquer aucun précédent légal. Ce n'est pas à dire toutefois que la transmission intégrale n'y fonctionnât pas, elle était pratiquée sous l'empire de besoins économiques, mais avec un caractère moins accentué qu'ailleurs où elle pouvait invoquer l'autorité de la loi (1). Les inconvénients qu'il fallait supprimer devaient préciser la direction du mouvement de réforme ; il avait à s'attaquer à cette forte légitime de la « *Constitutio Joachimica* » qui dans certains cas supprimait tout droit de disposition du propriétaire.

C'est dans cet esprit que fut rédigé le projet présenté en 1881 au Landtag provincial par la commission que celui-ci avait chargée de la rédaction l'année précédente. Sur beaucoup de points le projet se rattachait à la loi hanovrienne de 1874 ; mais il s'en écartait en organisant un *Anerbenrecht ab intestat* direct, c'est-à-dire sans *Höferollen*, et en prescrivant qu'en cas de vente du Hof par l'Anerbe dans le délai de dix ans après l'ouverture de la succession celui-ci aurait à rapporter dans la masse un cinquième de la valeur du bien telle qu'elle avait été fixée lors du partage (2). Ce cinquième devait faire l'objet d'une répartition supplémentaire entre les héritiers (3). Une hypothèque pouvait être inscrite dans le livre foncier pour la garantie de cette créance conditionnelle. Par là on voulait éviter que l'Anerbe qui avait repris le bien à un taux avantageux ne spéculât sur une revente qui manquait un des buts de la législation nouvelle, le maintien des biens dans les familles, en rendant plus odieuse l'inégalité de traitement que l'on faisait subir aux cohéritiers.

(1) Notamment le préciput de l'Uebernehmer était ici moins élevé qu'ailleurs. Cf. Baernreither, *op. cit.*, p. 83.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 356 ; Baernreither, *op. cit.*, p. 88.

(3) L'idée n'était pas absolument nouvelle, mais elle avait été rarement présentée avec cette netteté.

Accepté par le Landtag le projet fut soumis aux autorités administratives et judiciaires qui se montrèrent en Brandebourg aussi généralement défavorables qu'en Westphalie à toute modification du droit commun.

Le gouvernement entre temps avait laissé élaborer un projet qui en se conformant autant que possible à celui du Landtag provincial s'en éloignait cependant sur certains points. Le principe d'un Anerbenrecht *ab intestat* direct était notamment rejeté, le gouvernement s'en tenait au système des Höferollen alors passablement en vogue. Était également rejetée la disposition contraignant l'Anerbe à un rapport en cas de revente dans le délai de dix ans (1) et cela à la suite des objections qu'elle avait soulevées de la part du *Kammergericht* (2) de Brandebourg.

Ce projet soumis au Landtag rencontra l'approbation de la majorité de la Chambre des députés, mais fut par contre l'objet de très vives attaques à la Chambre des seigneurs. Celle-ci ne cachait pas ses préférences pour le projet du Landtag brandebourgeois. Mais elle finit par se ranger à l'avis de la Chambre des députés ; le gouvernement ayant déclaré qu'il lui était alors impossible de faire davantage. Le projet devint loi à la date du 10 juillet 1883.

2° Le Landtag de la province de Silésie. Celui-ci se prononça en faveur du système des Höferollen et rédigea un projet en ce sens. L'Oberlandesgericht de Breslau, après étude des rapports des tribunaux locaux, s'éleva contre ce projet, que le Gouvernement avait soumis à son examen (3). Il n'en fut pas moins présenté au Landtag prussien qui l'accepta après quelques modifications peu importantes (Loi du 24 avril 1884).

(1) *Surplusreservat*. Depuis les lois de l'Anerbenrecht ont admis quelque chose d'analogue.

(2) C'est la dénomination que l'Oberlandesgericht de la province a gardée.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 359 et 360.

3° Le Landtag de la province de Schleswig-Holstein.

Déjà sous la domination danoise on avait cherché à réglementer l'institution de l'Anerbenrecht en substituant aux nombreuses dispositions locales une loi uniforme (1). Le gouvernement danois eut aussi peu de succès dans ses tentatives que le gouvernement hanovrien à la même époque.

Avec le temps l'incertitude résultant de la complication des coutumes locales n'avait fait que s'accroître. Aussi la proposition d'une réforme du droit successoral fut-elle bien accueillie. On la voulait toutefois sous la forme des Höferollen hanovriens et non sous la forme d'un Anerbenrecht *ab intestat* direct d'après le modèle du projet Schorlemer-Alst.

Au cours de l'élaboration de la loi il y eut un revirement dans l'opinion du Landtag provincial, mais le gouvernement s'en tint au système primitivement proposé (Loi du 2 avril 1886).

4° Le Kommunal Landtag de la régence de Cassel.

Le Kommunal Landtag renvoya la question que lui soumettait le gouvernement conformément à la motion de Minnigerode à l'examen d'une commission spéciale. Celle-ci, en présence de la multiplicité des coutumes locales, se borna à l'adoption de principes généraux que le Kommunal Landtag fit siens à une grande majorité le 17 décembre 1881. On constatait que la pratique des contrats de cessions (2), avec transmission intégrale, était encore en pleine vigueur, mais qu'elle était insuffisante. Le propriétaire pouvait être surpris par la mort, et après lui la transmission intégrale ne s'opérait plus qu'à des conditions oné-

(1) Proposition de l'avocat Bargum aux Etats du Holstein en 1842, Miaskowski, *op. cit.*, t. II, p. 361.

(2) « Anschlagsvertr ge ».

reuses, là surtout où il y avait des mineurs, leurs représentants et les tribunaux veillant alors strictement à l'application des dispositions légales. Enfin il était à redouter qu'à défaut d'appui dans la loi successorale la coutume des « Anschlagsverträge » ne vint à disparaître (1).

Voici quels étaient les principes proposés :

1° En cas de succession *ab intestat* transmission du Bauerngut à un seul des descendants ;

2° A défaut d'entente entre les héritiers, le titulaire du bien sera désigné par les parents et les tuteurs ;

3° Celui-ci aura à payer des soultes modérées ne mettant pas en danger le maintien du bien dans ses mains ;

4° Il y aurait lieu de permettre une réduction de la légitime au-dessous de la légitime romaine ;

5° Une loi rédigée en conformité aux principes ci-dessus ne devrait s'appliquer qu'aux exploitations susceptibles d'occuper une famille l'année entière (2).

Ce que voulait le Kommunallandtag de Cassel c'était une loi édictant un Anerbenrecht *ab intestat* direct. A cette époque le gouvernement n'éprouvait de sympathies que pour le système des Höferollen, c'était pour lui un moyen de concilier les contraires, le droit commun qu'il désirait maintenir en principe et une coutume hostile à celui-ci, coutume qu'il désirait voir subsister. D'autant plus que les autorités judiciaires se montrèrent ici comme ailleurs défavorables au système de l'Anerbenrecht *ab intestat* direct. L'Oberlandesgericht de Cassel se prononça

(1) Cf. rapport de M. Enneccerus au nom de la commission spéciale. Enneccerus, *Ein Höferrecht für Hessen, Beschlüsse des Communal-Landtages für den Regierungsbezirk Cassel*, p. 26.

(2) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 364. Pour les cercles de Hanau et de Gelnhausen, le Kommunallandtag se déclarait n'être pas en état de recommander la confection d'une loi analogue à celle qu'il désirait voir adopter pour l'Alt Hessen et la région de Fulda.

par trois fois (1) en faveur du système des Höferollen et l'administration émit la même opinion (2).

Un projet de Landgüterordnung dans ce sens fut soumis à l'appréciation du Landtag provincial (3). Celui-ci fit ce que d'autres avaient fait en pareille circonstance ; il approuva le projet gouvernemental mais sans conviction. « Ne pouvant avoir le plus on acceptait le moins afin au pis-aller d'avoir quelque chose (4). » On escomptait peut-être aussi que les régions de Realtheilung du Sud de la province qui auraient dû être exclues du domaine d'application d'un Anerbenrecht *ab intestat*, pourraient faire usage du système des Höferollen, qui n'imposait rien à personne (5). Certains donnaient leur adhésion au projet en y voyant une étape dans la voie d'une législation plus vigoureuse.

Remanié par l'Oberlandesgericht de Cassel le projet fut finalement soumis au Landtag et devint loi à la date du 1^{er} juillet 1887 (6).

5^o Le Landtag de la province du Rhin.

A la date du 2 décembre 1881, celui-ci reconnut à une forte majorité la nécessité d'une modification au régime des successions des biens de paysans pour une partie de la province. Il se refusa à admettre le principe de l'Anerben-

(1) Consultation du 28 février 1883, rapports du 1^{er} octobre 1885 et du 13 novembre 1886.

(2) Cf. sur tous ces points, *Drucksachen des Herrenhauses*, Nr. 49 (1887), pp. 22, 57 et seq.

(3) Et non plus Kommunallandtag à la suite de l'extension à la province de Hesse-Nassau (1885) de l'organisation locale des provinces de l'Est.

(4) Holzapfel, *op. cit.*, p. 79. La commission chargée d'examiner le projet avait déclaré que la loi resterait un enfant mort-né (ein totgeborenes Kind).

(5) Holzapfel, *loc. cit.*

(6) Cette loi ne s'applique qu'à la régence de Cassel avec exclusion du cercle de Rinteln.

recht tel qu'il était contenu dans le projet Schorlemer-Alst, se prononça en faveur d'une extension de la liberté de tester (1) et d'une loi sur l'estimation des biens ruraux d'après leur valeur en revenu au point de vue de la légitime. Faute de documents et de temps, le Landtag se bornait à des vœux sans formuler de propositions détaillées (2).

6° Le Landtag de la province de Saxe.

Ce Landtag approuva en 1882 un projet d'Anerbenrecht d'après le système des Höferollen westphaliens que son comité provincial (*Provinzialausschuss*) lui présenta (3). Ce projet n'a pas reçu la sanction législative.

Nous avons passé en revue les Landtage provinciaux qui donnèrent une réponse favorable à la question de la réforme du droit successoral paysan ; les Landtage des provinces de l'est et le Kommunallandtag de Nassau se prononcèrent pour le maintien de la législation en vigueur en niant le besoin d'une réforme (4).

Cette législation des Höferollen, imaginée pour donner satisfaction aux populations hanovriennes sans rompre avec les principes de la constitution agraire moderne, étendue ensuite avec complaisance à presque toutes les provinces de la monarchie prussienne qui en faisaient la demande par leurs Landtage, subissant une forte influence aristocratique, a complètement manqué son but, sauf en Hanovre. Mais là même, l'institution fonctionne, en quelque sorte « à blanc ». Les biens inscrits sont nombreux, mais ils sont soustraits au droit qui résulterait pour eux de cette inscription par les actes de disposition de leurs pro-

(1) Le baron de Loë s'était fait le défenseur de la complète liberté de tester.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 366 ; Wygodzinski, *op. cit.*, p. 146.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 363 et 364.

(4) La décision du Kommunallandtag de Nassau fut prise à l'unanimité, celle des autres à une très forte majorité. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, pp. 353, 354, 355.

priétaires. Le paysan qui s'est fait inscrire ne renonce pas en effet à la pratique des *Gutsübernahmen* (contrats de cessions) (1). Voyons à cet égard quelques chiffres.

Le nombre des Höfe susceptibles d'être inscrits sur les Höferollen était en Hanovre (2) au 1^{er} juillet 1875, date d'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 1874, de 100.109 ; le nombre des Höfe inscrits était au 1^{er} juillet 1875 de 55.877 et au 1^{er} janvier 1897 de 66.794 (3). Ces inscriptions se trouvaient très inégalement réparties entre les Regierungsbezirke ; l'un d'eux, celui d'Aurich, n'en avait aucune (4). Ce sont en général les propriétaires des grands Höfe qui font usage des Höferollen (5).

En Westphalie il n'y avait en 1898 sur les 47.700 Höfe susceptibles d'être inscrits que 2.470 qui le fussent (6) ; à la même époque 165 Höfe seulement sur 16.634 étaient inscrits dans le ressort de l'Oberlandesgericht de Cassel (7).

Les raisons du succès des Höferollen, du moins pour la forme, dans la province de Hanovre sont multiples. M. Brentano (8) fait remarquer que la province n'a cessé

(1) C'est l'équivalent de nos partages d'ascendants.

(2) Grossmann, *op. cit.*, p. 48.

(3) Grossmann, *loc. cit.* Au 1^{er} janvier 1895 le nombre des inscriptions était de 66.334. Cf. Blondel, *op. cit.*, p. 201, note 1.

(4) Cf. Grossmann, *loc. cit.*, pour le détail des inscriptions par Regierungsbezirk.

Le chiffre de la deuxième colonne pour le Regierungsbezirk de Stade est exagéré par suite d'une faute d'impression. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 216, note 3.

(5) Grossmann, *op. cit.*, p. 76 et seq. L'auteur ne regrette pas d'ailleurs la non-inscription des Höfe dont l'exploitation ne peut pas suffire à l'entretien d'une famille. Toutefois dans certaines régions par exemple dans les ressorts des Amtsgerichte de Syke et de Bruchhausen) les journaliers eux-mêmes font inscrire leur Höfe. Cf. Grossmann, *loc. cit.*

(6) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 167. Brentano, *op. cit.*, p. 371.

(7) Holzapfel, *op. cit.*, p. 80.

(8) *Op. cit.*, p. 371. Cf. également Grossmann, *op. cit.*, p. 74.

d'avoir au cours du siècle un *Anerbenrecht ab intestat* direct, l'*Anerbenrecht ab intestat* indirect de 1874 pouvait s'y rattacher sans solution de continuité. Il en allait autrement en Westphalie et dans les autres provinces prussiennes. Des raisons politiques ont dû également jouer leur rôle et l'inscription dans les Höferollen a pu quelques années après l'annexion, être envisagée comme un moyen d'affirmer l'esprit particulariste du Bauernstand de l'ancien royaume en même temps qu'un procédé pour le maintenir en empêchant des mutations de propriété entre les mains de « Prussiens » (1). D'autre part cette loi émanait de l'initiative des populations locales, c'étaient les Hanovriens qui avaient réclamé une loi sur l'*Anerbenrecht* et il n'avait pas dépendu d'eux seulement d'en avoir une plus complète que celle qui fut votée. Ensuite une véritable réclame fut organisée en faveur de la loi pour inviter les propriétaires à l'inscription de leurs biens sur les Höferollen ; juges et fonctionnaires, hanovriens pour la plupart, se montrèrent en général favorables à la loi, constatation que l'on ne pourrait peut-être pas généraliser pour d'autres provinces (2).

(1) Blondel, *op. cit.*, p. 201, note 1. Cf. Déclaration du baron de Hövel au Conseil de l'agriculture en 1886 : « c'était se déclarer vieil hanovrien que de se faire inscrire sur la Höferolle » (*Archiv des deutschen Landwirtschaftsrats*, 10 Jahrgang, 1886, p. 139).

(2) Quoiqu'on ait parfois exagéré l'hostilité des fonctionnaires « élevés dans l'admiration des idées romaines ». Cf. Holzapfel, *op. cit.*, p. 80 pour le ressort de l'Oberlandesgericht de Cassel. Par contre l'enquête pour le ressort de l'Oberlandesgericht de Hamm (Westphalie) signale l'hostilité des Amtsrichter et des notaires, ces derniers redoutant une diminution des Uebnahmeverträge. Cf. Comte de Spee, *op. cit.*, pp. 170 et 171. Cette hostilité des officiers ministériels aux réformes allant à l'encontre de leurs intérêts pécuniaires n'a rien de spécial à l'Allemagne.

Des soupçons de ce genre ont été émis à l'égard des notaires bava-rois qui dans l'enquête de 1894 s'étaient montrés les adversaires résolus de l'introduction d'une loi sur l'*Anerbenrecht* en Bavière. MM. Fick

Toutefois le nombre des Höfe non inscrits est encore considérable en Hanovre, ailleurs il est tel que la loi des Höferollen est à peu près méconnue. A quoi attribuer cette abstention, ce peu d'empressement des paysans à se soumettre volontairement à une loi qui répond à leurs coutumes ?

Les explications n'ont pas manqué, voici quelques-unes de celles qui ont été données.

On allègue tout d'abord certains traits de caractère du paysan en général et du paysan allemand en particulier : sa routine, son apathie qui constitue à l'égard de toute résolution à prendre en vue de se faire inscrire dans les Höferollen un obstacle presque insurmontable (1). Le désir d'éviter les frais de l'Eintragung, minimes il est vrai (3 marks), doit également contribuer à le détourner de toute démarche en vue de la réaliser ; à cela s'ajoute la répulsion qu'éprouve le paysan et surtout sa femme à se rendre au tribunal (2). D'autant plus que les conséquences qui résulteront de l'inscription il a presque toujours l'intention de les produire par un contrat de transmission de biens. Le moyen des Höferollen lui paraît superflu, et

(*op. cit.*, p. 7) et Brentano (*op. cit.*, p. 453, note 1) ont répondu en faisant remarquer que les intérêts des notaires n'étaient nullement en jeu, là où avec ou sans Anerbenrecht légal les contrats de cessions qui répondent à un besoin impérieux des populations paysannes (retraite des parents) seraient toujours aussi nombreux. Et ce qui se passe en Hanovre pour les Höfe inscrits faisant quand même l'objet de contrats de transmission de biens est plutôt fait pour donner raison à ces deux auteurs.

Au surplus l'hostilité légale des fonctionnaires à la loi a dû cesser avec la recommandation faite par le Ministre de la justice aux Amtsrichter en 1887 d'avoir à attirer l'attention des paysans sur le système des Höferollen Sering, article Höferecht dans le tome I^{er} du Supplément au *Hand Wörterbuch der Staatswissenschaften*, 1895, p. 476).

(1) Holzapfel, *op. cit.*, p. 81 ; Comte de Spee, *op. cit.*, p. 170 ; Grossmann, *op. cit.*, p. 74.

(2) Comte de Spee, *loc. cit.*

dangereux pour sa liberté là où il croit voir, à tort il est vrai, dans l'inscription une restriction apportée à sa liberté de disposer (1). A cela se joint le désir de ne pas s'écarter de la tradition, de procéder à la transmission de son bien de la même manière que ses ancêtres. Cela pourrait bien être le motif déterminant de l'abstention du paysan ; ce n'est pas la répulsion de quelques démarches, le désir d'éviter des frais toujours modestes qui le détournent de l'institution des Höferollen, lui qui à la pratique des contrats de transmission et des frais qu'ils entraînent. La vérité est que le paysan préfère à l'institution légale toujours rigide son institution coutumière beaucoup plus mobile s'adaptant mieux aux nécessités de chaque cas (2), faisant aux frères et sœurs de l'Anerbe une situation moins dure que celle que leur impose trop souvent la loi. Celle-ci en effet sous la forme que lui ont donnée le

(1) « Maintes fois on a omis de requérir l'inscription et on a demandé la radiation de l'inscription faite en raison de l'opinion répandue..... que les propriétaires par l'inscription se dépouillent de leur liberté de disposition sur le Hof ; toutefois dans des cas semblables, l'explication des juges (préposés aux Höferollen) a le plus souvent suffi, pour remédier au mal. » Grossmann, *op. cit.*, p. 75.

Pour le Hanovre, où le nombre des inscriptions est de beaucoup plus considérable qu'ailleurs, il y a peut-être une cause spéciale du nombre encore très grand d'abstentions. Comme le fait remarquer M. Grossmann (*op. cit.*, p. 75), primitivement la loi ne s'appliquait pas à tous les biens (Cf. *suprà*, pp. 437 et 438). Lorsque sa portée d'application fut étendue, le beau zèle de 1874 était calmé. C'est ce qui explique la progression relativement lente des inscriptions (Cf. *suprà*, p. 450).

Certains rapporteurs de l'enquête successorale prussienne sont parfois bien ingénieux dans leurs explications. L'un d'eux constatant que la population luthérienne du ressort de l'Amtsgericht de Hildesheim usait plus des Höferollen que la population catholique du même ressort a voulu voir dans l'abstention des catholiques une conséquence du « Kulturkampf » et de la méfiance qu'il inspira à l'égard de l'Etat. M. Grossmann (p. 78) trouve l'explication insuffisante.

(2) Brentano, *op. cit.*, pp. 371 et 372 ; Comte de Spee, p. 179 ; Grossmann, *op. cit.*, p. 79.

Höferecht hanovrien et les diverses Landgüterordnungen taillées sur le même patron est loin d'être parfaite. C'est là, entre autres, également la raison principale pour laquelle les propriétaires inscrits font encore, en dépit de l'inscription qui entraînerait comme conséquence l'Anerbenrecht légal, usage des contrats de transmission (1). La taxe qui sert de base à l'évolution du Hof donne lieu à des critiques (2).

En Hanovre où il faut procéder tout d'abord à une évaluation détaillée du revenu net du bien que l'on multiplie ensuite par 20 (3), on trouve le procédé trop compliqué. « Il y a toujours une grande difficulté à fixer le revenu annuel des petits Höfe, que le propriétaire exploite d'après une vieille tradition en travaillant lui-même en vue d'économiser des salaires », écrit le rapporteur de l'Amtsgericht de Celle (4). Non seulement le moyen est compliqué, mais il est encore coûteux ; il faut recourir aux experts ; d'après

(1) L'enquête prussienne donne à cet égard des renseignements intéressants. En 1874, sur les 75 Höfe inscrits au Kreis de Warendorf en Westphalie, 12 ont été transmis ; 6 l'ont été entre vifs et 2 par testament. La loi sur les Landgüterrolle ne s'est appliquée que 4 fois. Cf. pour une série d'autres exemples, comte de Spee, *op. cit.*, p. 167 et seq.

(2) Nous n'énumérerons ici que les principales, il y en a d'autres. On reproche au paragraphe 19-1° de la loi hanovrienne de ne permettre de déférer l'administration et la jouissance du Hof à la veuve que jusqu'à la majorité de l'Anerbe (21 ans). Or celui-ci n'est pas toujours en état de reprendre le Hof à cette époque (service militaire). La même loi ne s'est pas préoccupée de la situation à faire au conjoint survivant, auquel la coutume crée une condition particulièrement avantageuse.

(3) § 15. Grossmann, *op. cit.*, p. 82. Nous nous trouvons forcé d'empiéter sur les explications que nous donnerons dans la partie de notre étude réservée au fonctionnement juridique de notre institution ; mais cet empiètement est indispensable pour expliquer l'échec de la loi sur les Höferollen qui a décidé le gouvernement prussien à adopter un Anerbenrecht direct.

(4) Dans Grossmann, *loc. cit.* Cf. également *ibid.*, les rapports des Amtsgerichte de Verden, Donnenberg, Soltau, Uelzen.

l'Amtsgericht de Forstenau, les intéressés cherchent à éviter presque dans tous les cas une estimation légale dont les frais s'élèvent d'ordinaire de 40 à 50 marks.

En Westphalie le procédé de fixation de la valeur du bien a également donné lieu à des critiques. On obtient l'estimation du Hof en multipliant par 20 le revenu net cadastral. « Le cadastre des immeubles a eu lieu de 1860 à 1870 et il établit simplement le rendement relatif de chaque immeuble, non le véritable revenu net moyen de chaque exploitation. Par conséquent quand de prime abord le revenu net en matière d'impôt foncier, diffère considérablement du revenu net véritable des exploitations, la différence s'est depuis fortement accrue. On a en effet transformé, des terres incultes, des landes et des tourbières en terres arables et en prairies, les conditions de prix se sont totalement déplacées, par exemple les forêts de hêtres du Sauerland (1) ont maintenant perdu fortement de leur valeur. A cela s'ajoute encore qu'en son temps lors de l'évaluation de la part des intéressés des rendements plus élevés ont été indiqués afin d'augmenter la puissance de crédit des biens (2). » La taxe légale exagère leur valeur dans les pays pauvres, elle la diminue au contraire dans les régions fertiles et conduit par là à un préciput indirect (3) excessif en faveur de l'Anerbe.

(1) Sud de la Westphalie.

(2) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 169.

(3) Les avantages de l'Anerbe sont d'ordre divers et comprennent notamment un préciput (Voraus) direct ou indirect (appelé aussi verhülltes Voraus, préciput caché). Les lois se rattachent à l'un ou à l'autre système, quelques-unes accordent à l'Anerbe le bénéfice cumulé des 2 préciputs. Tel est le cas de la dernière loi sur l'Anerbenrecht pour la Westphalie qui doit entrer en vigueur en 1900. La loi westphalienne dont nous parlons est la Landgüterordnung de 1882. Cf. dans comte de Spee, *loc. cit.*, l'exemple typique d'une exploitation dont le prix de vente équivalait à 621 fois le revenu net pour la perception de l'impôt foncier !

Ce sont des reproches analogues qu'a soulevés l'Höferecht hanovrien de 1874, qui cumule les avantages au profit de l'Anerbe (1). Ces avantages sont excessifs dans certaines régions (2), insuffisants dans d'autres (3) où les conditions agricoles commandent le maintien du Hof, par exemple dans les bruyères de Lünebourg (4).

Quelques causes que l'on puisse alléguer, le système des Höferollen avait échoué ; c'est une constatation à laquelle le gouvernement prussien lui-même ne pouvait pas se soustraire (5) ; d'autre part, il estimait de plus en plus qu'une modification du droit successoral paysan s'imposait, il paraissait désormais prêt à prendre nettement position en la matière, à ne plus se contenter du compromis qu'il cherchait à opérer depuis 1874 entre la législation successorale de droit commun et les coutumes paysannes. Une réforme générale du droit successoral applicable aux immeubles ruraux était pour lui au premier plan des mesures à prendre en vue du maintien d'une classe de paysans indépendants ; en présence de la situation peu bril-

(1) Préciput direct et indirect.

(2) Amtsgerichte de Rotenburg d'Elze. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 84.

(3) Grossmann, *op. cit.*, pp. 85 et 86.

(4) Il est d'autres reproches que l'on adresse à l'Höferecht hanovrien de 1874.

Certains Amtsgerichte critiquent le taux des Leibzuchten, la variété des résultats produits par les imperfections de la loi selon que le *de cujus* meurt avant ou après la récolte (au premier cas l'Anerbe a droit aux fruits pendants sans avoir à fournir aucune indemnité (Grossmann, *op. cit.*, p. 86 et seq.). L'insuffisance de l'organisation des « Zufluchtsrechte » (droit d'entretien sur le Hof dans certains cas) est également l'objet de vives critiques. Grossmann, *op. cit.*, p. 99 (observations de l'Amtsgericht de Lehe).

(5) Cf. par exemple l'exposé des motifs de la loi sur l'application de l'Anerbenrecht aux Renten et Ansiedelungsgüter (*Entwurf eines Gesetzes betreffend das Anerbenrecht bei Renten und Ansiedelungsgütern nebst Begründung*. Berlin, 1895, p. 17).

lante de l'agriculture, la suppression des causes permanentes de l'endettement croissant du sol résultant du droit commun des successions lui paraissait indiquée. Toutefois la période d'études à l'issue de laquelle on pourrait traduire en proposition de loi précise les idées très générales dont on connaissait la tendance n'était pas encore terminée. Or il importait qu'elle le fût ; on ne pouvait en cette matière procéder que lentement. Une réforme successorale embrassant l'ensemble de la propriété foncière devait s'appuyer sur les conceptions juridiques des intéressés et supposait une soigneuse fixation des coutumes régnant en la matière dans les diverses régions, et s'éloignant fréquemment de la législation écrite. Il était certains biens à l'égard desquels toutefois une action immédiate était possible, c'étaient les « Rentengüter » et les « Ansiedelungsgüter » (1).

Pour comprendre la possibilité d'une action immédiate de la loi à l'égard de ces biens, il faut faire un retour en arrière et esquisser en quelques lignes un tableau des efforts du gouvernement prussien en vue de corriger la mauvaise répartition du sol principalement à l'Est du royaume et d'assurer à celui-ci plus d'unité par la germanisation de régions où l'influence slave est dominante (2).

Depuis le XVI^e siècle la noblesse de l'Est avait mis à profit les embarras financiers des souverains pour acquérir des droits importants sur les paysans qui originairement avaient eu la pleine indépendance de leurs personnes et la quasi-liberté de leurs terres. A l'aide de ces droits d'ordres divers la Ritterschaft sut se constituer de grands domaines dont l'exploitation, en raison des conditions éco-

(1) Cf. sur ce point l'exposé des motifs, cité *suprà*.

(2) Cf. sur ces points Blondel, *op. cit.*, p. 354 et seq. ; Brentano, *op. cit.*, p. 297 et seq. ; Sering, *Die innere Kolonisation im östlichen Deutschland*, Leipzig, 1893 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 531.

nomiques alors régnaient, était particulièrement rémunératrice. Cette transformation s'opérait aux dépens des paysans, les grands domaines se constituaient aux dépens de leurs terres que le seigneur « tirait » à lui. C'est ce que l'on a appelé le « Bauernlegen ». La sollicitude active de Frédéric II tint en arrêt les prétentions seigneuriales, mais en dépit de tout son zèle colonisateur il ne put pas reconstituer complètement le Bauernstand de l'Est. Au début de notre siècle la grande propriété était dans ces régions absolument prépondérante.

C'est alors qu'après Iéna survint la législation réformatrice, connue dans l'histoire sous le nom de législation Stein-Hardenberg (1). Elle supprimait les distinctions de terres ; l'acquisition de celles-ci ne dépendait plus de telle ou telle qualité sociale (noble ou paysan). Elle consacrait la liberté de disposition à l'égard du sol ; on le pouvait vendre et partager, notamment entre héritiers. On pensait par là faciliter l'accès de la propriété aux classes non possédantes ; les paysans se voyaient d'ailleurs attribuer, moyennant l'abandon d'une partie de leurs tenures, le surplus de celles-ci en propriétés libres de toutes charges féodales ou autres. Par contre avec le nouveau régime foncier tombaient les prohibitions s'opposant au Bauernlegen édictées par Frédéric II.

Ces réformes à l'exception de la dernière, rencontrèrent la plus vive hostilité auprès des nobles, qui obtinrent tout d'abord le renvoi de Stein et ensuite de la faiblesse de Frédéric Guillaume III, le 29 mai 1816, une déclaration excluant du bénéfice de l'Edit de 1811, qui permettait la transformation des tenures en propriétés libres moyennant l'abandon de partie de celles-là, les exploitations agricoles trop petites pour pouvoir se suffire à elles-mêmes (2). La

(1) Avec quelque injustice peut-être pour von Schön.

(2) Cf. indépendamment des ouvrages cités *suprà*, p. 547, note 2 ;

noblesse s'appropriâ ces exploitations, ce qui lui fut facile, les dispositions prohibitives du Bauernlegen ayant cessé d'être en vigueur.

La législation réformatrice ne procédait d'ailleurs pas aussi radicalement qu'on aurait pu le supposer tout d'abord. La suppression simplement progressive des rapports féodaux, la faveur avec laquelle on ne tarda pas à considérer les constitutions des fidéicomis, tout jusqu'au régime d'endettement des grands domaines (1) favorisait le maintien de la grande propriété et son développement. Le contraste que la grande propriété offrait avec la petite se trouvait ainsi augmenté.

La loi du 2 mars 1850 qui, au principe de la libération des charges foncières en terres, substituait comme règle générale applicable à toutes les exploitations celui de la libération à l'aide de rentes d'un taux déterminé, venait trop tard pour bon nombre de paysans. Ils avaient perdu leurs tenures et étaient devenus de simples journaliers. Les propriétaires avaient eu intérêt à accroître leurs exploitations ; les conjonctures économiques étaient favorables, les bras nécessaires à la mise en valeur de ces grands biens ne manquaient pas.

La forte émigration qui suivit la guerre franco-allemande dans les pays de grande propriété attira l'attention publique ; pour retenir les émigrants sur le sol natal, on pensa qu'il n'était pas de meilleur moyen que de leur donner accès à la terre. C'est ce que l'on fit en Poméranie citérieure dès 1873 par le morcellement de biens appartenant aux Domaines. L'échec partiel de cette première tentative encouragea les défenseurs de certaines vues favo-

Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 31 ; Baron de Wrangel-Waldenburg, *Die Entwicklung des bäuerlichen Besitzes und die Arbeiterfrage in Ostpreussen*, Berlin, 1899, p. 11.

(1) Système des Landschaften.

rables au rétablissement du bail perpétuel comme moyen d'attacher au sol une forte race de petits propriétaires (1), sans l'endetter dès le début de son exploitation, le paiement d'une rente annuelle ne grevant pas les facultés pécuniaires du propriétaire comme la charge de soultes de prix de ventes (2).

Toutefois l'application de ces idées eût tardé peut-être longtemps encore si au point de vue économique et social ne s'était ajouté le point de vue national. On cherchait à germaniser les régions polonaises de l'Est (3). L'Allemand ne s'est jamais senti grande sympathie pour le Polonais, ce qui est d'ailleurs parfaitement réciproque ; cette hostilité se traduit d'une façon dangereuse pour le gouvernement prussien, les élus de ces régions ont un tour d'esprit des moins favorables à l'ordre de choses actuellement régnant là-bas. La germanisation s'imposait par l'établissement de colons allemands dans les régions de langue polonaise.

En conséquence lors de la première session de 1886 fut présenté au Landtag prussien (4) un projet de loi aux termes duquel un fonds de 100 millions de marks, destiné à

(1) Dès 1873 M. Miquel s'était constitué à la Chambre des députés le défenseur du bail perpétuel comme moyen d'amodiation des parcelles de Domaines que l'on voulait morceler en Poméranie.

(2) On pouvait invoquer l'exemple de la loi de 1867 sur l'amodiation à bail perpétuel de terres du Domaine en Mecklembourg-Schwerin.

(3) Dans la province de Posen plus de la moitié des habitants (60 0/0) sont Polonais. V. Fircks, *Die preussische Bevölkerung nach ihrer Muttersprache und Abtammung. Zeitschrift des statistischen Bureaus*, 1893, p. 242 et seq. Dans la province de Prusse occidentale les Polonais sont moins nombreux ; ils forment le tiers de la population. Cf. Busch, *op. cit.*, p. 3.

(4) Cf. sur ce point indépendamment des auteurs cités *suprà*, p. 458, note 2 ; E. Dubois, *L'institution et l'organisation des Rentengüter dans le royaume de Prusse* dans « l'Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession faite sous les auspices de la Société d'économie sociale », 4^e fascicule, p. 63 et seq.

l'installation de paysans et de travailleurs allemands sur des terres achetées dans les provinces de Posen et de Prusse occidentale, était mis à la disposition du gouvernement. Dans les modes de transmission des parcelles au colon il n'était question que du bail à ferme et de la vente ; sur une motion du député Miquel (1), l'on ajouta dans la loi que la transmission en propriété pourrait avoir lieu contre acquittement d'une rente que les parties auraient la faculté de stipuler rachetable de leur seul consentement commun. Par là, l'État conservait un certain pouvoir sur le colon installé ; la disposition a été envisagée de diverses manières, les uns l'ont critiquée comme y voyant une résurrection d'institutions féodales (2) ; d'autres (3), et c'est la majorité, y ont vu un moyen d'assurer la permanence de l'œuvre entreprise. Certaines prohibitions édictées dans un but analogue ont fait également l'objet d'appréciations divergentes (4). Le projet devint loi à la date du 26 avril 1886.

Le système de l'achat d'un bien moyennant une rente ne devait pas tarder à trouver un emploi plus complet. On avait jusqu'ici employé le Rentengut dans un but national, on devait désormais en faire usage dans un but économique-social (5).

Dès le 25 septembre 1886, l'assemblée générale du Verein für Socialpolitik demandait l'application du système

(1) Renouvelant celle de 1873. Cf. *suprà*, p. 460, note 1.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 316. M. Brentano est au surplus hostile à la direction qu'a prise la législation agraire allemande depuis quelques années. Il critique avec beaucoup de vivacité le promoteur de tout ce grand mouvement législatif, M. Miquel, dans lequel il veut voir l'exécuteur testamentaire d'un publiciste hanovrien du siècle passé, Justus Möser. Cf. entre autres passages, *op. cit.*, p. 307 et seq.

(3) Cf. par exemple Buchenberger, *op. cit.*, p. 354.

(4) Par exemple : prohibition de morceler.

(5) Cf. Buchenberger, p. 539.

des Rentengüter au reste de la monarchie prussienne et l'extension de l'œuvre de l'« Innere Kolonisation » à d'autres provinces de l'Est où la répartition de la propriété était défectueuse (1). Des propositions de ce genre trouvèrent de l'écho dans les deux Chambres du Parlement prussien. Par la loi du 27 juin 1890 il fut permis dans toute l'étendue de la monarchie de transférer en propriété un immeuble contre prestation d'une rente dont le rachat dépend de l'accord des cocontractants. Les particuliers étaient en droit désormais de faire ce que jusqu'alors l'État seul avait fait dans les provinces de Posen et de Prusse occidentale ; les biens ainsi donnés à rente pouvaient être soumis aux mêmes restrictions ou obligations que les biens des colons allemands des régions polonaises. La loi du 27 juin 1890 reçut un complément important dans la loi du 7 juillet 1891 qui ouvrait à nouveau les « Rentenbanken » autrefois instituées pour le rachat des charges féodales (2). Le propriétaire qui veut aliéner tout ou partie de son bien en formant des Rentengüter peut s'adresser à la Rentenbank de la province qui lui remet des lettres au porteur garanties par l'État (3). L'acquéreur du Rentengut

(1) Le gouvernement voyait dans la colonisation interne le moyen d'augmenter le nombre des paysans, sujets fidèles. Pour les grands propriétaires il s'agissait de s'assurer les bras nécessaires à l'exploitation des terres ; l'Ouest de l'Allemagne avec son développement industriel intense joue le rôle d'un véritable pôle d'attraction pour les populations de l'Est. Certaines localités westphaliennes ont un contingent énorme d'ouvriers polonais (Cf. Delbrück, *Ein nationales Programm ; Preussische Jahrbücher*, 1899, p. 13). A l'époque où les travaux agricoles sont le plus pressants, le gouvernement prussien en dépit de sa répugnance doit tolérer l'accès de son territoire à des travailleurs de la Pologne russe. Encore faut-il compter avec le bon vouloir du gouvernement russe lui-même.

(2) Loi du 2 mars 1850. M. Brentano peu favorable au mouvement législatif actuel écrit : « On utilisa les Rentenbanken en vue de rétablir ce qu'elles avaient supprimé » (*op. cit.*, p. 323).

(3) Jusqu'à concurrence des 3/4 de la valeur du bien.

devient le débiteur de la Rentenbank à laquelle il paie des annuités jusqu'à complète extinction de sa dette.

La loi du 7 juillet 1891 confiait de plus aux General-kommissionen (1) le soin de diriger les travaux de formation des Rentengüter (2).

C'est à l'égard de ces biens créés soit directement par l'État, soit indirectement avec son concours que l'on résolut d'appliquer l'Anerbenrecht. Les motifs qui s'opposaient à une proposition de loi générale sur la transmission intégrale (3) n'existaient plus en notre matière ; on n'avait pas besoin ici de statistiques préparatoires ; les Ansiedelungsgüter et les Rentengüter formaient d'une part en raison des prohibitions diverses imposées à leurs propriétaires une catégorie spéciale d'immeubles ; et d'autre part leur création récente n'avait pas permis la naissance de coutumes particulières relativement à leur dévolution successorale. Il n'y avait pas à tenir compte des conceptions juridiques des titulaires de ces biens ; elles devaient céder devant l'intérêt public. Or l'intérêt public (4) exige à l'égard de ces propriétés une prompte

(1) Pas plus que les Rentenbanken les Generalkommissionen ne sont des organes nouveaux ; elles ont été organisées en vue de surveiller et de faciliter l'application des lois qui ont eu pour but, au cours de ce siècle, de transformer l'ancienne organisation agraire (notamment pour les partages de communaux). Elles ont été créées en 1817.

(2) C'est une opération des plus délicates qui ne fut pas toujours menée à bien, surtout au début.

(3) Cf. *suprà*, p. 457.

(4) « A tous ces biens (il vient d'être question des Ansiedelungsgüter, des Rentengüter formés directement par l'État ou avec le concours de ses Rentenbanken), il y a ceci de commun qu'ils sont créés par l'État ou avec son concours essentiel en vue de résultats déterminés au point de vue national, social et économique. Ils ont pour but l'établissement de colonies allemandes dans des régions polonaises, l'accroissement de la classe moyenne paysanne, la fixation des travailleurs agricoles et d'autres devoirs de la colonisation intérieure ; ils ne peuvent naturellement remplir leur fonction que lorsque leur consistance a été assurée pour de longues années en particulier lorsque leur existence n'est pas

solution du problème de la dévolution successorale encore à l'étude pour l'ensemble de la propriété rurale allemande. C'était le sentiment que l'on avait en 1894 à la conférence agraire de Berlin (1), lorsque de différents côtés fut réclamée l'introduction d'un Anerbenrecht obligatoire pour les Renten et les Ansiedlungsgüter.

La loi de 1891 dans son paragraphe 4 accordait des garanties suffisantes en faisant dépendre le morcellement du Rentengut ou l'aliénation de ses parcelles du consentement de la Generalkommission (2) ; mais elle n'en offrait aucune en cas de mort du propriétaire. C'était le droit commun qui restait applicable, or ce droit sous les trois formes principales qu'il affectait dans la monarchie, droit romain moderne, Landrecht prussien, Code civil français ne connaissait aucune disposition assurant le maintien des biens au delà du décès du propriétaire. Ces trois législations menaient soit au partage en nature risquant par

en question au décès de chacun de leurs titulaires ». Exposé des motifs de la loi de 1896, p. 20. L'exposé des motifs fait encore valoir des raisons financières à l'appui du projet d'Anerbenrecht. Il importait que le bénéfice des dépenses faites par l'Etat ne fût pas perdu, et que l'exécution ponctuelle des charges grevant les Ansiedlungs et Rentengüter à son profit fût garantie. Cela ne se pouvait que par une transmission successorale évitant le morcellement du bien et son endettement à la suite de soultes. Cf. Exposé des motifs, pp. 20 et 21.

(1) Motion de MM. Conrad, Paasche et Beutner, *Agrarkonferenz*, p. 258. Cf. sur tous ces points, Exposé des motifs de la loi du 8 juin 1896, p. 18. Cf. également discours de M. Beutner, Président de la « Generalkommission » à Bromberg, *Agrarkonferenz*, p. 35. Au Juristentag de 1895, la nécessité d'un Anerbenrecht pour les Rentengüter même sous la forme d'un Zwangsanerbenrecht avait été proclamée à diverses reprises (*Verhandlungen des 23 Juristentags*, 1895). M. Brentano lui-même semblait en 1894 à la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik concéder la possibilité d'un Anerbenrecht pour les Rentengüter, *Gesammelte Aufsätze*, p. 479.

(2) Des garanties suffisantes étaient également offertes par la loi de 1886 sur les Ansiedlungsgüter.

là de compromettre l'exploitation technique du bien, son indépendance économique, soit à la vente aux enchères exagérant les prix de vente et favorisant l'endettement. La législation des Höferollen n'avait eu aucun succès en matière de Rentengüter et n'était d'ailleurs pas applicable aux Ansiedelungsgüter là où les deux provinces de Posen et de Prusse occidentale n'ont pas de Landgüterordnungen (1).

Aussi la loi du 8 juin 1896 désirant soumettre les Ansiedlungsgüter et les Rentengüter à la transmission intégrale ne fait plus dépendre la qualité de bien soumis à l'Anerbenrecht de la volonté du propriétaire. L'Anerbenrecht fonctionne directement à la suite d'une inscription que la Generalkommission doit prendre sur le livre foncier; la radiation de l'inscription prise dépend également d'elle. Ce n'est pas à dire que l'Anerbenrecht soit obligatoire; le propriétaire peut par acte entre vifs, ou par disposition à cause de mort, écarter les règles légales et remplacer son biensous l'empire du droit commun; ce qu'a voulu le législateur c'est ne plus être obligé de compter avec l'apathe des propriétaires à laquelle à tort ou à raison il attribuait une bonne partie de l'échec des Höferollen. Peut-être même eut-il la pensée d'aller plus loin en rendant l'Anerbenrecht obligatoire en notre matière, sans dérogation possible, cela cadrerait avec l'importance des intérêts en jeu. Il recula devant cette exception apportée au principe moderne de la liberté de disposition (2); elle eût été de nature

(1) Exposé des motifs, pp. 27 et 28.

(2) Exposé des motifs, p. 31. Le législateur est-il resté fidèle à ces vues? N'a-t-il pas par une série de dispositions habilement calculées rendu impossible l'application de tout autre droit successoral que celui de l'Anerbenrecht? Le baron de Hammerstein, ministre de l'agriculture, en qualifiant l'Anerbenrecht créé d'Anerbenrecht obligatoire n'a-t-il pas reconnu la vérité des faits? En ce sens, Brentano, *op. cit.*, p. 336, texte et note 1.

à compromettre le développement de l'œuvre de colonisation intérieure en détournant les intéressés.

Cette loi, dans le sens d'un *Anerbenrecht ab intestat* n'était qu'un premier pas ainsi que le déclarait formellement M. Miquel au cours de la discussion. La Chambre des seigneurs avait montré lors des débats qu'elle était disposée à en faire un second (1) ; elle en a eu la satisfaction avec la loi du 2 juillet 1898 (2) sur l'introduction de l'*Anerbenrecht ab intestat* en Westphalie.

Il semble que cette loi n'ait eu pour but que de répondre aux désirs de ceux auxquels elle était destinée. L'association westphalienne des paysans (3) avait réclamé à diverses reprises une loi successorale dans le sens de celle qu'avait proposée en 1879 le baron de Schorlemer-Alst. Le Landtag provincial se rallia aux vues de l'association des paysans dans sa séance du 14 février 1895, il les compléta le 18 février 1896 sous l'empire de l'impression que lui causait le

(1) Résolution à l'issue de la seconde lecture de la loi.

(2) L'article 64 de la loi d'introduction au Code civil réserve aux législations particulières le droit de statuer en matière d'*Anerbenrecht*. Nous reviendrons sur cette disposition lorsque nous étudierons le mouvement qui s'est fait en Allemagne pour donner asile à l'*Anerbenrecht* dans le Code civil.

(3) Comptant 25.000 membres. M. Brentano, *op. cit.*, p. 373, explique les démarches de l'association westphalienne des paysans (*Westphälischer Bauernverein*) de la façon suivante : « Le *Culturkampf* a eu entre autres pour effet de mettre la population westphalienne à la dévotion de chefs aussi éminents que l'était feu le baron de Schorlemer-Alst. L'association de paysans fondée par lui comprenant 25.000 membres pétitionnait pour tout ce que ses chefs appartenant à la noblesse exigeaient. » Les discours des députés westphaliens lors de la discussion de la loi donnent une autre impression, ainsi que les articles des journaux locaux. Cf. le numéro du 18 mai 1898 du *Münsterischer Anzeiger* reprochant aux nationaux libéraux de la Chambre des députés d'avoir retardé, par l'exigence du scrutin nominal, le vote d'une loi « qui est dans le plus complet accord avec les désirs et les besoins de la population rurale des régions pour lesquelles elle doit être faite ».

projet de loi sur l'Anerbenrecht des Rentengüter et des Ansiedlungsgüter. Le gouvernement résolut de déférer aux vœux des populations en introduisant en Westphalie un Anerbenrecht *ab intestat* direct, mais non obligatoire toutefois.

Comme le dit l'exposé des motifs : « Le but de la loi est le même que celui de la Landgüterordnung de 1882, mais le chemin pour l'atteindre est différent. » On ne faisait qu'accommoder la loi aux conceptions juridiques des populations. Le projet fut soumis en 1897 au Landtag provincial qui, après quelques retouches, l'accepta à la quasi-unanimité (1).

Les quelques cercles de la province rhénane que l'on rattache en matière successorale (2) à la province de Westphalie se montrèrent moins unanimes. Le Kreistag de Mülheim sur la Ruhr (3) se montra par dix voix contre neuf défavorable au projet, les autres cercles se prononcèrent en sa faveur. Le 5 janvier 1898, le projet fut présenté au Landtag ; le 17 mai, la loi avait l'adhésion des deux Chambres (4) et la sanction royale eut lieu le 2 juin.

Nous avons suivi jusqu'à sa dernière étape l'évolution de l'Anerbenrecht dans le royaume de Prusse au cours de

(1) Moins quatre voix.

(2) Cercles de Reès, Essen (campagne), Essen (Stadt), Duisburg, Ruhrort et Mülheim-a.-d.-Ruhr.

(3) La loi n'en a pas moins été déclarée applicable au Kreis de Mülheim, ce que M. Brentano critique à bon droit (*op. cit.*, p. 372).

(4) Il y eut une assez vive opposition des nationaux-libéraux. La crainte de voir la loi projetée pour la Westphalie s'étendre à d'autres provinces de la Prusse, fut l'origine de bon nombre de protestations émanant des diverses parties du royaume que le gouvernement et les députés westphaliens (cf. par exemple discours du député Hérold) crurent nécessaire de calmer en disant que l'on voulait une loi applicable exclusivement à la Westphalie et sans arrière-pensée (Cf. *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Abgeordneten Hauses*, 1898, p. 2522).

notre siècle. Etudions-la rapidement dans d'autres régions de l'Allemagne.

Nous avons vu qu'en Bavière, la loi de 1855 sur les *Erbgüter* n'avait donné aucun résultat.

Une motion du baron de Gaisberg à l'assemblée générale du 8 octobre 1883 de la Société d'agriculture de Bavière dans le sens d'une révision de la loi de 1855 n'eut aucun succès (1). Par contre la proposition d'un *Anerbenrecht* légal en vue de fortifier la coutume de la transmission intégrale si forte en Bavière, principalement au Sud, rencontra l'adhésion à peu près unanime des membres de la Société (2). Des vœux analogues ont suivi depuis, sans qu'ils aient été traduits en loi. Les paysans ne semblent pas éprouver le même zèle pour une réforme du droit successoral, qui ne rencontre d'ailleurs pas plus de faveur auprès des tribunaux et des notaires ainsi que l'a montré la dernière enquête bavaroise faite à l'instigation de M. le professeur Brentano de Munich (3).

(1) L'auteur de la motion proposait comme appât certains avantages fiscaux.

(2) Après un savant rapport de von Helferich. Le rapporteur ne niait pas les objections que l'on pouvait faire contre l'*Anerbenrecht* (nécessité d'un certain morcellement dans les régions fertiles à culture intensive, lésion du sentiment d'égalité et de justice, vigueur des coutumes bavaroises rendant une loi inutile) ; mais elles étaient de peu de poids eu égard à la grandeur du but à poursuivre (maintien de la consistance des biens, conservation de l'esprit de famille, etc.). Helferich renouvela contre la loi sur les *Erbgüter* les critiques prévoyantes qu'il avait faites contre le projet vingt-neuf ans auparavant (*Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, année 1854). Il signala l'insuffisance des *Höferollen* principalement pour la Bavière où il fallait compter avec la *vis inertiae* du paysan (*Zeitschrift des landwirtschaftlichen Vereins in Bayern*, novembre 1883, p. 231). Von Helferich terminait en se prononçant en faveur d'un *Anerbenrecht* direct *ab intestat*.

(3) Quoique les paysans pratiquent la transmission intégrale. Dans les régions franconiennes de la Bavière ainsi que dans le Palatinat bavarois on ignore en général la transmission intégrale. Une exception connue pour le Palatinat est celle de la *Sickingen Höhe*.

Les Gauverbände würtembergeois s'étaient montrés en 1888 aussi hostiles à toute introduction de l'Anerbenrecht (1) ; ils répondirent en général négativement à la question qui leur avait été posée officiellement à cet égard.

Avec le grand-duché de Bade nous passons à l'étude du seul Etat du sud de l'Allemagne qui ait un Anerbenrecht légal et encore pour une partie seulement de son territoire. Cet Anerbenrecht légal n'est qu'un élément de la « Gebundenheit » existant à l'égard des Hofgüter de la Forêt-Noire. L'un et l'autre ont une origine des plus anciennes (2) et se sont maintenues jusqu'à notre époque.

Les titulaires des Hofgüter sont propriétaires de leurs biens qu'ils peuvent aliéner et grever d'hypothèques ; ce qui leur est défendu c'est le morcellement de ceux-ci soit entre vifs soit *mortis causa* (3). Le Hof ne peut passer qu'à un seul héritier avantage pour pouvoir continuer l'exploitation du bien.

L'édit du 23 mars 1808 sur les Hofgüter maintenait la coutume en la précisant ; le Landrecht badois de 1809 respectait l'édit et contenait même une série d'additions à l'article 827 de notre Code civil réglementant le préciput du successeur au Hofgut (4). Dès 1812 des mesures étaient prises en vue d'établir les localités où la coutume de trans-

(1) Cf. Stengele, *Die Bedeutung des Anerbenrechts für Süddeutschland*. Stuttgart, 1894, p. 231 et seq., notamment p. 244. Cf. à la p. 250 les conclusions de M. Stengele, aussi défavorables que celles de M. Brentano à l'introduction d'un Anerbenrecht pour le Sud de l'Allemagne.

(2) XV^e siècle d'après Gothein (*Wirtschaftsgeschichte*, I, p. 298 et seq.).

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 157 et 367 ; Buchenberger, *op. cit.* p. 453 ; Gerber-Cosack, § 77, texte et note 7 ; Stengele, *op. cit.*, p. 99 et seq.

(4) Toutes ces dispositions sont rapportées dans Frommhold, p. 100 et seq.

mission intégrale fonctionnait et de donner ainsi une base précise à l'Édit et au Landrecht. Elles furent renouvelées depuis sans que le but cherché pût être atteint. De l'enquête faite en 1872 il résultait qu'il n'y avait pas équation entre l'état de droit et l'état de fait ; la transmission intégrale fonctionnait là où elle n'avait pas été constatée et réciproquement (1). De sorte que la Gebundenheit reposait en réalité sur la coutume ; il s'ensuivait une incertitude fâcheuse que des enquêtes ultérieures firent encore mieux ressortir. Les Hofgüter se morcelaient.

C'est à ce danger que la loi du 23 mai 1888 remédia (2) en déterminant les Hofgüter ; l'ordonnance du 21 juillet 1888 fixait leur nombre à 4942. Il fut reconnu lors de la discussion de la loi que le régime spécial de ces biens répondait à un besoin ; on mettait par là un terme à une longue controverse, celle de savoir si le maintien des Hofgüter s'imposait.

La controverse était ancienne, elle remontait à l'année 1820 où la question de la suppression de l'Édit de 1808 fut agitée pour la première fois. Le ministère de l'intérieur fit alors remarquer que la suppression totale de la Gebundenheit ne paraissait guère possible dans les régions montagneuses et boisées à climat rude où le sol est dur à cultiver et ne nourrit son homme que sous la forme d'une grande exploitation (3). Les « Kreis-direktionen » consultées se prononcèrent en faveur du maintien de l'Édit de 1808 ; même réponse de la ma-

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, pp. 159 et 160.

(2) Stobbe-Lehmann, § 190 *in fine* ; Stengele, *op. cit.*, p. 114. Elle fut complétée par l'ordonnance du 2 novembre 1889 (§ 35) sur les juges de tutelles prescrivant dans certains cas une estimation modérée du Hofgut en vue d'augmenter le préciput déguisé de l'Anerbe. Cf. Stengele, *op. cit.*, p. 118.

(3) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 368 ; Stengele, *op. cit.*, p. 103.

porité des autorités locales en 1836. Toutefois à la date du 4 novembre 1837 paraissait l'ordonnance d'exécution de l'Édit de 1808 réglementant les cas de morcellement d'un Hofgut (3) et le régime des autorisations nécessaires à cet effet. La période tourmentée qui marqua la fin de la première moitié de ce siècle passa sans que le système des Hofgüter fût entamé; le paragraphe 33 des droits fondamentaux (4) de la nouvelle constitution élaborée par le Parlement de Francfort, se déclarait en faveur de la suppression de la « Gebundenheit » (5); il souleva les protestations des propriétaires de Höfe de la Forêt-Noire. Soixante-neuf pétitions insistèrent sur les avantages des Hofgüter clos et prièrent de réserver la solution de la question de la Geschlossenheit à chaque souveraineté locale.

Dans la période de réaction qui suivit la tourmente de 1848 le gouvernement badois sembla disposé à étendre le régime des Hofgüter à tout le grand-duché sous la forme d'Erbgüter facultatifs. Il s'inspirait en cela de l'exemple de pays voisins; les résistances qu'il rencontra le forcèrent à renoncer à son projet (6).

L'agitation recommença vingt ans plus tard notamment à l'instigation du professeur Emminghaus; le régime des Hofgüter fut l'objet de très vives discussions au conseil de l'agriculture badois; l'insuffisance des documents produits amena le gouvernement à faire étudier la question de

(3) On voulait par là faciliter l'accès de la propriété aux parties de la population non adonnées à l'agriculture, et vivant notamment de l'horlogerie.

(4) Les Grundrechte sont l'équivalent de nos « Droits de l'homme ». Ils ont la même portée pratique.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 368; Stengele, *op. cit.*, p. 103; Buchenberger, *loc. cit.*

(6) Cf. *suprà*, p. 310.

près. Une enquête fut ordonnée qui prouva la vitalité de l'institution.

Les intéressés de leur côté se chargeaient également de la prouver ; ils protestaient contre la suppression de la *Gebundenheit* et s'associaient en vue de soutenir leurs revendications. L'agitation défavorable aux *Hofgüter* de la Forêt-Noire n'aboutit donc pas. Le gouvernement qui avait observé une attitude expectante tant que le règlement de la question de l'*Anerbenrecht* par le Code civil en préparation demeura incertain, faisait en 1892 un pas décisif en faveur de l'*Anerbenrecht*. Il élaborait un projet de loi organisant un *Anerbenrecht ab intestat* devant entrer en vigueur avec le nouveau Code civil (1). Cet *Anerbenrecht* devait s'appliquer à tous les *Hofgüter* clos et à toutes les habitations rurales (2). Les dispositions de l'Edit de 1808 et du *Landrecht* étaient abolies.

Depuis, le gouvernement badois a cherché la solution de la question de l'*Anerbenrecht* dans une autre direction ; il ne s'est pas proposé une simple modification du droit successoral, mais a voulu généraliser la *Gebundenheit* existante pour les *Hofgüter* de certaines régions de la Forêt-Noire. D'après un projet de loi présenté en décembre 1897 à la première Chambre badoise, tout propriétaire d'une exploitation rurale située dans le ressort de l'un des 27 *Amtsgerichte* (3) désignés par le projet pouvait avec le consentement des autorités administratives compétentes, sous certaines conditions prévues par la loi, transformer son

(1) Au projet était joint un mémoire justificatif, le tout portait le titre suivant « *Denkschrift, Das bäuerliche Erbrecht im Grossherzogtum Baden im Hinblick auf die künftige Reichszivilgesetzgebung nebst Entwurf eines Gesetzes über das Anerbenrecht, 1892.* Cf. Discours de M. Hecht à la conférence agraire de Berlin, *Agrarkonferenz*, p. 246.

(2) § 1. Le projet organisait la dévolution du bien d'après les règles du minorat, § 4.

(3) Où les conditions climatiques sont des moins favorables.

Hof en bien clos. Le régime auquel le bien se trouvait dès lors soumis était analogue à celui des anciens Höfsgüter (1). La suppression de la « Geschlossenheit » dépendait de la permission des autorités administratives (2). L'Anerbenrecht était introduit en faveur de tous les Höfe clos. L'Anerbe (3) avait droit à certains avantages importants, qui lui étaient assurés par la possibilité de réduire la part des légitimaires. La première Chambre étendit le projet de loi à tout le grand-duché, là où les conditions naturelles et économiques étaient analogues à celles offertes par les ressorts des 27 Amtsgerichte prévus par le gouvernement. La Chambre des députés n'admit le projet de loi qu'à l'égard des Höfe de la Forêt-Noire. Gouvernement et première Chambre se sont depuis ralliés à cette manière de voir afin d'assurer le vote de la loi (4).

Notre étude de l'évolution de l'Anerbenrecht dans les différentes parties de l'Allemagne se trouve ainsi termi-

(1) Au point de vue du morcellement.

(2) Cette permission ne pourrait pas être refusée quand l'exploitation ne devait pas être soumise à la transmission intégrale.

(3) Était Anerbe le plus jeune des fils et, à défaut de fils, l'aînée des filles.

(4) Cf. sur tous ces points, Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 80 et seq.

La Geschlossenheit légale n'existe plus actuellement que dans certains Etats de l'Allemagne. Indépendamment du grand-duché de Bade, il nous faut citer la Saxe (*suprà*, p. 337, note 1), où il y a Geschlossenheit, mais sans Anerbenrecht (pas de préciput au profit de l'héritier, de sorte que les successions doivent fréquemment se liquider par des ventes aux enchères), la principauté de Lippe dont il peut être intéressant de dire ici deux mots.

La prohibition de morceler y est très ancienne et s'est maintenue jusqu'à notre époque pour la généralité des terres presque avec sa sévérité primitive. On ne distingue pas entre les biens « geschlossen » et ceux qui ne le sont pas (walzende Güter) comme en Saxe. Un Anerbenrecht sévère est organisé par la législation de la principauté. Il a subi au cours du siècle les modifications que réclamait l'esprit de notre époque. Les soultes furent notamment augmentées (en 1864, puis en 1886).

née ; il nous resterait à examiner ce qui avait été projeté pour l'ensemble du nouvel Empire lors des travaux préparatoires du Code et n'a pas rencontré l'adhésion des autorités chargées de sa confection. Mais c'est là une question qui se rattache au mouvement d'idées que soulève l'Anerbenrecht depuis une vingtaine d'années ; elle pourra être mieux examinée lorsque nous étudierons ce mouvement lui-même, il nous faut auparavant montrer la structure juridique de l'Anerbenrecht moderne. Il a subi des modifications, l'institution a évolué ; des règles nouvelles ont été adoptées, la loi westphalienne de 1898 ne diffère pas seulement de la loi hanovrienne de 1874 au point de vue de son mode d'application (1) ; elle en diffère également à d'autres points de vue.

(1) Anerbenrecht d'une part, Höferollen de l'autre.

CHAPITRE II

LÉGISLATION ACTUELLE.

§ 1. — Système des Höferollen (1).

A. — De l'objet de l'*Anerbenrecht*.

Peut être inscrite dans les Höferollen d'après la loi hanovrienne de 1874 toute exploitation agricole pourvue d'une maison d'habitation (2). La loi oldenbourgeoise se contente même d'une propriété pourvue d'une maison d'habitation, elle n'exige pas qu'il y ait exploitation agricole à proprement parler (3).

Certaines lois se montrent plus rigoureuses relativement aux qualités que le bien doit avoir pour être susceptible d'inscription dans les Höferollen. D'après la Landgüterordnung pour la province de Brandebourg (4) peut être inscrite toute propriété située dans la province de Brandebourg, servant à l'exploitation agricole ou forestière et ayant au moins un revenu net de 75 marks au point de vue de l'impôt foncier. Il n'est plus exigé que l'exploitation soit pourvue d'une maison d'habitation. Cet établis-

(1) Nous prendrons principalement pour base de nos développements la loi hanovrienne de 1874.

(2) § 5 de la loi du 2 juin 1874 avec les modifications apportées par les lois du 24 février 1880 et du 20 février 1884. Cf. ce que nous avons dit de ces lois, *suprà*, pp. 437 et 438. Le § 1 de la Landgüterordnung pour la province de Schleswig-Holstein contient une disposition analogue.

(3) § 3 de la loi du 24 avril 1873.

(4) La Landgüterordnung westphalienne de 1882 contenait une disposition semblable, § 1.

sement d'un minimum relativement à l'objet de l'Anerbenrecht a soulevé des critiques.

Plus une exploitation est petite moins elle est en état de supporter des partages, à quoi l'on a répondu en faisant remarquer que de trop petites exploitations n'avaient pas une grande importance au point de vue agricole, que leur but était bien plutôt d'assurer aux ouvriers ruraux une habitation et quelques-uns des moyens de subsistance les plus nécessaires. Mais ainsi que le fait observer M. Miaskowski (1), il est très difficile en se plaçant au point de vue abstrait, par le seul examen du « pour » ou du « contre » en matière d'exclusion des petits biens, d'arriver à un résultat précis ayant une valeur générale. Le problème est des plus délicats ; mais les faits se chargent de le résoudre, même les plus petites exploitations dans les régions d'Anerbenrecht coutumier se transmettent héréditairement d'après les principes de l'Anerbenrecht (2).

Les lois ne fixent pas de maximum d'inscription dans les Höferollen L'Anerbenrecht ne s'appliquait autrefois qu'aux biens de paysans, il peut s'appliquer désormais à tous les biens, même aux Rittergüter (3).

(1) *Op. cit.*, II, p. 392.

(2) C'est ce qui résulte de la dernière enquête prussienne notamment pour le Hanovre.

(3) Autrefois les biens étaient catalogués, ainsi que les personnes. Telle catégorie de personnes n'avait droit qu'à telle catégorie de biens. En ce sens l'Anerbenrecht constituait une législation de classe, les seuls paysans ayant droit aux Bauerngüter, seuls biens auxquels l'Anerbenrecht s'appliquât. L'évolution moderne a supprimé en général les catégories de personnes (il y a encore des exceptions pour les personnes de haute noblesse et les membres des familles régnantes) et les classes de biens (la dernière mesure est d'une époque récente ; loi du 1^{er} novembre 1867). Cf. Stobbe-Lehmann, § 187, texte et note 17, § 189, p. 468. Sur l'élargissement du champ d'application de l'Anerbenrecht, cf. Miaskowski, II, *op. cit.*, p. 390 et Frommhold, *Inaugural-Dissertation*, p. 21.

Le bien inscrit conserve sa qualité de bien soumis à l'Anerbenrecht, d'*Anerbengut* tant que l'inscription n'a pas été radiée (1). L'Anerbenrecht peut toutefois être exclu, pour un cas de transmission, par acte de dernière volonté du *de cuius* (2).

Dans certaines hypothèses prévues par la loi, il y a lieu également de ne pas appliquer les dispositions de l'Anerbenrecht.

1° Lorsqu'au décès du *de cuius* le bien à la suite de changements survenus n'eût pas été susceptible d'être inscrit (3).

(1) En quelle qualité les Anerben succèdent-ils au bien ? Est-ce en qualité de successibles de celui qui a requis l'inscription ou en qualité d'héritiers du dernier titulaire du Hof ? En d'autres termes l'inscription doit-elle être considérée comme une sorte de testament et le requérant doit-il être assimilé au fondateur d'un fidéicommis ? Nous trouvons-nous en présence d'un cas de *successio ex pacto et providentia majorum* ?

Qu'une telle pensée soit étrangère aux auteurs des lois récentes sur l'Anerbenrecht, c'est ce qu'il est à peine besoin de dire, et les lois ne permettent pas en général de tirer une conclusion contraire (cf. toutefois § 7 de la loi hanovrienne qui prévoit une *testamenti factio activa*). D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Frommhold (*Inaugural-Dissertation, op. cit.*, pp. 13 et 14), s'il fallait voir en matière d'Anerbenrecht à la suite d'une inscription sur les Höferollen un cas de *successio ex pacto* il faudrait en conclure que le titulaire actuel se trouverait vinculé dans sa faculté de disposer, soit entre vifs, soit *mortis causa*, comme le titulaire d'un fidéicommis, or les lois sur le Höferollen laissent intact le droit de disposition du propriétaire.

On ne saurait voir davantage dans l'inscription un testament pur et simple, car l'effet de l'inscription ne s'épuise pas par une seule transmission successorale comme cela aurait lieu en présence d'un testament ordinaire. L'inscription a pour but de désigner les biens auxquels une législation successorale *ab intestat* spéciale sera appliquée. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 398.

(2) Les formes de cette exclusion sont parfois fort simples. Cf. § 17 de la loi hanovrienne qui a donné lieu à d'assez vives discussions lors des débats à la Chambre des seigneurs.

(3) Loi hanovrienne, § 21-3° avec un tempérament toutefois. Schleswig-Holstein, § 24-3°. Brandebourg, § 18-3°.

2° Lorsque le *de cuius* n'était à son décès que co-propriétaire du bien (1).

L'inscription ne produit pas effet seulement à l'égard du bien, mais aussi à l'égard de ses dépendances et accessoires (2). Ceux-ci sont en général à comprendre dans l'estimation.

B. — *Dévolution successorale.*

L'Anerbengut ne se transmet qu'à un seul héritier, mais il figure maintenant dans le patrimoine du *de cuius* à l'égard de tous les co-héritiers, qui ont de ce fait droit à des soultes (3).

La désignation de la personne de l'Anerbe peut avoir lieu de diverses manières : par le *de cuius*, par la loi, par les héritiers ; enfin elle peut être abandonnée au sort. Les lois sur l'Anerbenrecht ont en général essayé une combinaison des deux premiers procédés. L'Anerbe est choisi par le *de cuius* et à défaut de décision de la part de celui-ci, est désigné par la loi (4).

Les règles de l'Anerbenrecht ne s'appliquent pas d'une façon égale quelle que soit la personnalité des héritiers. Pour bon nombre de lois l'Anerbenrecht cesse de fonctionner au profit d'autres héritiers que des descendants (5).

(1) *Loc. cit.*, note 2.

(2) Bâtiments, servitudes, bétail, ustensiles, engrais, mobilier (lits et linge), § 15, Schleswig-Holstein.

(3) Cf. Frommhold, *Inaugural-Dissertation*, p. 25 et seq. L'Anerbe est un héritier privilégié (Frommhold, *op. cit.*, p. 32), un prélegataire (Frommhold, *op. cit.*, p. 33).

(4) Cf. loi hanovrienne, §§ 13 et 16 ; loi pour le Brandebourg, §§ 10, 11 et 14. La loi pour le Regierungsbezirk de Cassel prescrit en cas d'absence de désignation de l'Anerbe par le *de cuius* de s'en remettre au choix d'un conseil de famille, §§ 12, 14, 15. Cf. sur la composition du conseil de famille, § 16. Sur ses décisions, § 17. Sur les règles qui doivent le guider, §§ 18 et 19.

(5) Hanovre, § 13, al. 2 ; Brandebourg, §§ 10 et 11.

Les femmes ne sont pas exclues de la succession à l'Anerbengut, toutefois les mâles leur sont préférés à égalité de degré. Relativement à la personne qualifiée pour succéder au bien à égalité de degré les diverses lois modernes se rattachent à deux principes différents. Elles cherchent à rester fidèles à cet égard aux coutumes existantes ; car il n'est pas de matière où elles soient plus à ménager.

Bon nombre de lois ont adopté la règle du majorat (1), d'autres celle du minorat. Certaines distinguent entre les diverses parties du territoire soumises à leur autorité (2). Le droit de représentation est admis au profit des héritiers de l'Anerbe.

C. — De l'évaluation de l'Anerbengut.

C'est le point le plus important et le plus délicat de toute la matière (3). Deux intérêts opposés sont ici en présence, celui de l'Anerbe qui veut reprendre le bien à un taux modéré pour pouvoir continuer l'exploitation dans de bonnes conditions ; celui des cohéritiers qui veulent une soulte suffisante. Les lois sont en général d'accord sur ce point que l'évaluation doit se faire non pas d'après la valeur marchande du bien mais d'après la valeur qu'il a eu égard au revenu qu'il procure.

L'estimation du bien ainsi faite se trouve parfois encore modérée au profit de l'Anerbe qui doit de cette façon recueillir le préciput qui lui permettra de continuer l'exploitation du bien en acquittant les charges, notamment les charges familiales qui pèsent sur lui.

En principe le *de cujus* peut fixer le prix auquel le bien

(1) Hanovre, § 14, al. 4 ; Schleswig-Holstein, § 11, al. 3 ; Brandebourg, § 11, al. 3. Loi brünswickoise du 28 mars 1874, art. 7.

(2) Par exemple loi oldenbourgeoise du 24 avril 1873, art. 7. Le majorat est adopté pour certains Aemter du grand-duché, le minorat pour le surplus de l'Etat.

(3) Buchenberger, *op. cit.*, p. 492.

devra être attribué à l'Anerbe, les dispositions de la loi à cet égard n'ont qu'une valeur subsidiaire. D'après certaines d'entre elles la valeur du Hof doit être appréciée dans chaque cas spécial sans que la loi ait posé de principes sur ce point. D'autres au contraire ont des règles précises et détaillées. Le revenu net est établi et, d'après ce revenu net, la valeur en capital du Hof ; les bâtiments sont à comprendre dans l'estimation du Hof lui-même, du moins tant qu'ils servent soit à l'exploitation, soit à l'habitation. Ils sont à estimer à part, d'après leur valeur locative ou de toute autre manière s'ils ont reçu une autre destination (1). Du revenu annuel ainsi évalué il faut déduire toutes les charges permanentes (2) du bien d'après leur montant annuel probable. La valeur en capital du bien est obtenue en multipliant par 20 la somme ainsi trouvée (3). On ajoute au total le montant de la valeur du matériel d'exploitation estimé d'après sa valeur marchande.

L'ancienne Landgüterordnung pour la province de Westphalie et celle pour la province de Brandebourg ont suivi une voie différente (4). On n'établit pas d'après elles la pleine valeur du bien en tenant compte du revenu net qu'il donne, mais on établit une valeur inférieure, avec les données fournies non plus par l'estimation individuelle mais par les éléments du cadastre (5), multipliés par le

(1) Hanovre, §§ 15 et 16 ; Schleswig-Holstein, § 14.

(2) Les charges passagères (par exemple un Altenteil) sont à évaluer en capital d'après leur durée vraisemblable. Hanovre, § 14, al. 6.

(3) Telle est la règle. Lorsque les bâtiments du Hof ont une valeur supérieure au surplus de l'exploitation, l'un des intéressés peut exiger une estimation de ces bâtiments d'après leur valeur marchande. Hanovre, § 14, al. 5.

(4) Westphalie, § 17. Brandebourg, § 13. Cf. également Silésie, § 14.

(5) L'estimation a ainsi plus de fixité, mais elle peut aboutir à une grande injustice pour les cohéritiers, là où l'on ne tient pas compte des améliorations que le dernier propriétaire a incorporées au bien. On pensait par là permettre au *de cuius* de prendre en connaissance

facteur fixé par la loi et variable (1) selon les Landgüterordnungen.

L'Anerbe obtient ainsi un préciput indirect, caché. Ces lois ont organisé ce que l'on appelle le « verhülltes Voraus (préciput caché).

D. — *Du préciput de l'Anerbe et des autres avantages qui lui sont faits.*

L'ancien Anerbenrecht avait donné lieu de graves abus sur ce point (2). L'Anerbe était considéré comme seul héritier du Hof et ne se trouvait tenu que de certaines obligations de famille à l'égard de ses frères et sœurs. Avait-il à leur payer des soultes que celles-ci n'étaient à acquitter que d'après la fortune allodiale (3), le Hof ne figurait en règle dans le patrimoine du *de cujus* qu'à l'égard de l'Anerbe seul.

Avec les idées modernes une telle inégalité de traitement devait être sentie comme une profonde injustice (4) ;

de cause toutes les dispositions nécessaires dans l'intérêt soit des enfants, soit du Hof. La valeur du bien étant fixée d'après le revenu net cadastral, il suffisait au *de cujus* de multiplier la somme ainsi obtenue par le multiplicateur donné par la loi (20 ou 25). Sur l'échec de ces prévisions, cf. comte de Spee, p. 169. La loi aboutit à de si criantes injustices que les intéressés hésitent à l'appliquer dans toute sa teneur. Cf. *suprà*, nos observations, *infra*.

(1) 20 pour la Westphalie, 30 pour le Brandebourg, 40 pour la Silésie. Ces chiffres ont été fixés d'après les indications des Landtage provinciaux et d'après les plus ou moins grandes dispositions des habitants à supporter l'inégalité.

(2) Cf. *suprà*, p. 375 et seq. Cf. également sur la différence existant à cet égard entre l'Anerbenrecht moderne et l'ancien Anerbenrecht, Frommhold, *Inaugural Dissertation*, p. 30 et seq.

(3) Encore celle-ci était-elle fréquemment et pour une bonne part incorporée au bien.

(4) Surtout depuis la disparition du domaine éminent. Les cohéritiers se laissaient imposer à l'égard d'une tenure des restrictions moins admissibles avec la propriété libre.

là où l'Anerbenrecht a évolué sans solution de continuité des lois ont été faites pour l'augmentation des soultes (Brautschätze ou Abfindungen) (1) ; là où l'évolution a été plus accidentée on a dû dans les lois modernes sur l'Anerbenrecht tenir compte des desiderata de notre époque.

Toutefois, l'Anerbenrecht ne se conçoit pas avec une égalité absolue entre cohéritiers, la transmission intégrale du bien n'est possible qu'avec certains avantages directs ou indirects faits à l'Anerbe. A défaut de ceux-ci, l'Anerbe succombe sous le poids des soultes et doit au bout de peu de temps passer la main à d'autres ; le but de l'Anerbenrecht, la transmission des exploitations (2) de père en fils se trouve par là manqué.

Ce préciput est établi de deux façons par les lois d'Anerbenrecht ; d'après les unes, il est indirect (3), d'après d'autres direct ; d'autres enfin accordent à l'Anerbe le double avantage d'un préciput direct et indirect. Les dispositions légales sur le préciput n'ont qu'une valeur subsidiaire, elles n'entrent en vigueur qu'à défaut de dispositions contraires du *de cujus*. D'après la loi hanovrienne, l'Anerbe reçoit un tiers de la valeur du Hof comme préciput (4) ; de même, d'après la Landgüterordnung pour la province de Schleswig Holstein (5). Le surplus de la valeur du bien

(1) Cf. pour la principauté de Lippe, Meyer, *op. cit.*, pp. 13 et seq.

(2) C'est un point sur lequel nous reviendrons dans notre étude de l'Anerbenrecht au point de vue économique.

(3) « Verhülltes Voraus. » Cf. *suprà*, p. 481. Les partisans de l'Anerbenrecht lui sont en général plus favorables qu'au préciput direct. Le motif de cette préférence est indiqué avec netteté par M. Miaskowski, t. II, p. 440. « Quoique la différence entre le préciput proprement dit et le préciput enveloppé dans une estimation modérée soit principalement une différence de forme, cependant le courant de notre époque dans le sens d'une égalité de traitement de tous les citoyens paraît être moins choqué de celui-ci que de celui-là.

(4) § 16. A cela il faut joindre l'avantage indirect d'une estimation modérée du bien.

(5) § 11. La Landgüterordnung pour le Regierungsbezirk de Cassel

tombe dans la masse et doit être partagé entre tous les héritiers y compris l'Anerbe.

Le préciput direct ou indirect n'est pas le seul avantage fait à l'Anerbe ; des délais lui sont de plus accordés par la loi pour l'acquittement des soultes. D'après l'ancienne législation, les cohéritiers ne pouvaient exiger leurs soultes qu'en cas de mariage ou d'établissement et exceptionnellement à leur majorité. Comme équivalent des intérêts de leurs créances, ils avaient droit à l'entretien sur le Hof, à l'exploitation duquel d'ailleurs ils devaient consacrer leur activité ; les soultes non payées revenaient à leur décès sans enfants à l'Anerbe. La Landgüterordnung de 1882 pour la Westphalie restait fidèle à ces idées (1). D'après la loi de 1874 pour le Hanovre, les termes ne peuvent être fixés que par le testateur qui doit en revanche imposer à l'Anerbe l'obligation d'entretenir les cohéritiers (2).

Cette question des soultes a été des plus discutées dans ces dernières années, les lois nouvelles d'Anerbenrecht l'ont résolue dans le sens d'une attribution sous forme de rente que le cohéritier peut à tout instant réaliser, parfois par l'intermédiaire de la Rentenbank (3).

E. — *Droit de disposition du propriétaire du Hof.*

L'Anerbenrecht légal n'a qu'une valeur subsidiaire, le propriétaire du Hof peut l'exclure ou lui faire subir telles modifications qu'il lui convient. Son droit de disposition se trouve cependant soumis à une restriction importante,

remet le soin de décider la question du préciput au conseil de famille dont nous avons parlé *suprà* (p. 478, note 4). Cf. § 19 de la Landgüterordnung.

(1) § 19.

(2) § 19, al. 2. A défaut d'accord entre les héritiers sur ce point la Landgüterordnung pour la province de Schleswig-Holstein laisse fixer les termes par des experts contrôlés judiciairement, § 16.

(3) Cf. *infra*.

celle résultant de la légitime ; toutefois les règles du droit commun de la matière se trouvent modifiées. La légitime de l'Anerbe se trouve plus protégée que celle de ses cohéritiers vu que son évaluation doit avoir lieu d'après les règles ordinaires ; à l'égard de ses cohéritiers, le taux modéré d'évaluation du Hof tel qu'il est fixé d'après les Landgüterordnungen ou la Höfegesetz hanovrienne doit être appliqué (1).

Ce ne sont pas les seules dérogations au droit commun, étendant la faculté de disposition du *de cuius* ; il en est d'autres également favorables à cette extension. Elles ne sont pas toutes au profit de l'Anerbe. Ne peuvent pas en effet être attaquées comme portant atteinte à la légitime les dispositions par lesquelles le testateur accorde à son père pendant la vie de celui-ci, à sa mère jusqu'à la majorité de l'Anerbe l'usufruit du Hof après sa mort à charge d'entretenir l'Anerbe et ses cohéritiers, ces derniers en règle seulement jusqu'au paiement de leurs soultes (2). Ne peuvent pas être attaquées davantage pour les mêmes motifs les dispositions du *de cuius* grevant l'Anerbe de semblables obligations d'entretien (3).

Nous avons vu que ces Höfegesetzen n'avaient été que fort peu appliquées et que là même où elles fonctionnaient en droit, elles se trouvaient écartées en fait par les dispositions des intéressés. Le gouvernement prussien s'est alors

(1) Cf. Hanovre, § 18 ; Schleswig-Holstein, § 22 ; Brandebourg, § 15 ; Silésie, § 16.

(2) Hanovre, § 19, al. 1 ; Brandebourg, § 16 ; Silésie, § 17.

Le testateur peut imposer une semblable obligation d'entretien sur le Hof en cas de besoin des cohéritiers.

Il est regrettable que les lois modernes n'aient pas fait en général de cette charge une obligation légale. Ce n'était que le modeste équivalent des avantages accordés à l'Anerbe. Les mœurs corrigent peut-être sur ce point les imperfections des lois. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 439.

(3) Cf. les articles cités *suprà*.

cru dans l'obligation de recourir au système de l'Anerbenrecht *ab intestat* direct.

§ 2. — Système de l'Anerbenrecht *ab intestat* direct (1).

A. — De l'objet.

C'est un besoin, senti du législateur allemand en général et du législateur prussien en particulier de ne pas laisser indécise la qualité des biens ; les biens ont en Allemagne actuellement mieux encore qu'autrefois, leur état civil comme les personnes.

C'est une constatation que nous pouvons faire à l'égard des deux dernières lois prussiennes sur l'Anerbenrecht *ab intestat* direct (2).

La qualité d'Anerbengut doit être inscrite sur le livre foncier. Faire dépendre cette inscription de la réquisition des intéressés, comme c'est la règle, de droit commun (3), ce serait retourner au système des Hoferollen ; aussi la loi confie-t-elle aux autorités désignées par elle le soin de demander cette inscription (4).

(1) Nous l'étudierons principalement d'après les dernières lois prussiennes de 1896 (dont le texte est rapporté par Frommhold dans sa collection de lois sur l'Anerbenrecht, p. 68) et de 1898 (*Gesetz Sammlung für die Königlich preussischen Staaten*, année 1898). Mais ces lois ne sont naturellement pas les seules. Les Hofgüter badois sont soumis à un Anerbenrecht *ab intestat*. Cf. également loi du 11 avril 1870 pour Schaumbourg-Lippe, Loi du 28 mars 1874 pour le Brünswick (Frommhold, *Inaugural-Dissertation*, p. 6).

(2) Pour plus de commodité nous emploierons désormais l'expression allemande « Intestatanerbenrecht ».

(3) Cf. § 13 de la loi sur les livres fonciers du 24 mars 1897.

(4) La loi de 1898 (§ 3) donne compétence à ce point de vue à un commissaire spécial (représentant de la Generalkommission, organe administratif collégial chargé de l'exécution des lois agraires et du contentieux qu'elles peuvent soulever).

La loi de 1896 (§ 2) attribue compétence à des autorités différentes selon la qualité des biens soumis à l'Anerbenrecht. Pour les biens des

Les autorités n'ont pas à inscrire toutes les exploitations rurales. D'après la loi de 1898 (§ 2) est Anerbengut tout bien rural situé dans la province de Westphalie (1) affecté spécialement à une exploitation agricole ou forestière, susceptible de se suffire à elle-même et pourvu d'une habitation (2). Le paragraphe 24 détermine les accessoires qui sont à considérer comme faisant partie de l'Anerbengut (3).

Les autorités ne peuvent pas requérir directement l'inscription de tous les biens remplissant les conditions du paragraphe 2 ; à l'égard des propriétés ayant un revenu net au point de vue de l'impôt foncier de moins de 60 marks, ils ne peuvent le faire que sur la demande des propriétaires eux-mêmes (4). La loi contient encore une autre dérogation au principe de l'Intestatanerbenrecht direct qui l'inspire. On ne voulait introduire celui-ci que là où il répondait aux conceptions juridiques, aux habitudes et aux besoins économiques des populations ; là où ces conditions faisaient défaut il ne pouvait être question d'Anerbenrecht que sur la demande des intéressés. Tel est le sens et telle est la portée du paragraphe 11 de la loi qui énumère une série de régions où l'Intestatanerbenrecht indirect continuera à

colons des provinces de Posen et de Prusse occidentale (Ansiedelungsgüter), c'est la commission de colonisation (Ansiedelungskommission) qui est compétente ; pour les Rentengüter formés avec l'assistance de la Generalkommission, c'est cette dernière qui a qualité.

(1) Ainsi que dans les Kreise de Rees, d'Essen, Duisburg, Ruhrort et Mülheim sur la Ruhr.

(2) § 2. Il n'est pas nécessaire toutefois que l'habitation soit attenante aux terres cultivées. Le Hof isolé n'est donc pas seul soumis à l'Anerbenrecht ; la loi s'applique également aux villages à banlieue morcelée.

(3) Ce paragraphe contient sur ce point une extension des règles du nouveau Code civil (§§ 97 et 98).

(4) § 8, al. 2. Il y a là une innovation de la commission de la Chambre des députés. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 377.

fonctionner comme par le passé (1). Parmi ces régions, les unes n'ont pas de coutume de transmission intégrale, les autres sont des régions industrielles auxquelles un intestatanerbenrecht direct conviendrait peu.

Enfin aux termes du paragraphe 46 les prescriptions de la loi ne trouvent aucune application en matière de fidéicommiss, de fiefs, de Stammgüter, de biens soumis à l'Anerbenrecht d'après la loi du 8 juin 1896 sur les Rentengüter (2).

La radiation de la qualité d'Anerbengut ne peut avoir lieu que de la part des autorités qui ont procédé à l'inscription (3) ; celles-ci doivent la requérir lorsque les biens ne remplissent plus les conditions exigées pour être soumis à l'Anerbenrecht. Avis de l'inscription comme de la radiation doit être donné aux intéressés ; ceux-ci doivent être entendus (4).

B. — *Dévolution successorale.*

Lorsqu'un Anerbengut figure dans une succession, il revient, à défaut de disposition contraire du *de cujus*, *ipso jure* à un seul des héritiers, l'Anerbe (5). La loi s'est écartée sur ce point des principes de l'ancienne Landgüterordnung pour la province de Westphalie (6) ; d'a-

(1) Le législateur n'a peut-être pas toujours été très heureux dans sa répartition. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 376.

(2) Le même paragraphe ajoute que la loi ne s'applique pas aux personnes morales, c'était bien inutile.

(3) § 5 de la loi de 1898, § 5 de la loi de 1896.

(4) § 9 de la loi de 1898, § 2, al. 2 de la loi de 1896.

Pour résoudre les difficultés qui peuvent s'élever à cette occasion entre le propriétaire et le Spezialkommissär, la loi de 1898 a organisé des *Anerbenkommissionen* (formées du Spezialkommissär et de deux experts) qui statuent au premier degré. Est appelée à statuer au second degré une *Berufungskommission* à installer à Münster.

(5) Loi de 1898, § 13.

(6) §§ 11, 12 et 15.

près celle-ci le bien ne passait pas directement à l'Anerbe, ce dernier ne pouvait que le retirer de la masse successorale en vertu d'un droit personnel. Le projet de la loi de 1896 reproduisait la même théorie, et le gouvernement la défendait en invoquant l'argumentation que le Kammergericht de Berlin avait fait valoir dans un rapport du 11 juillet 1882 rédigé à l'occasion de la Landgüterordnung pour la province de Brandebourg. Contre la transmission *ipso jure* de l'Anerbengut à l'Anerbe, le Kammergericht faisait remarquer que c'était rompre avec le principe de l'unité de succession admis par le Landrecht prussien pour retourner à l'idée de la pluralité de successions du droit germanique (1). Le Kammergericht n'y voyait que des désavantages (2).

Le Landtag prussien, lors de la discussion de la loi de 1896, n'admit pas sur ce point le projet gouvernemental et se rattacha à l'idée de la transmission *ipso jure* (3). Le gouvernement faisait valoir à l'appui de son projet qu'avec la modification proposée (4), les rapports des cohéritiers des créanciers héréditaires et des créanciers personnels de l'Anerbe risquaient de manquer de netteté ; les créanciers personnels de l'héritier réalisaient un avantage injustifié. Le rapporteur de la commission de la Chambre des seigneurs invoquait l'analogie de la matière des fidéicommiss (le fidéicommiss ne figure pas en effet dans la masse) (5), l'absence des difficultés produites par le prin-

(1) En s'appropriant l'argument, le gouvernement prussien commettait une certaine contradiction. Il voyait dans l'Anerbenrecht un produit germanique et ne dédaignait pas à l'occasion l'accorder à la romaine.

(2) Cf. Exposé des motifs de la loi de 1896, pp. 29 et 30, qui a reproduit par extraits le rapport du Kammergericht.

(3) Qui avait déjà trouvé accès dans la loi de 1874 pour le Hanovre, § 13.

(4) Tout d'abord par la Chambre des Seigneurs.

(5) L'argument n'était peut-être pas très bon. Comme on le faisait

cipe semblable qu'avait posé la loi hanovrienne. Les deux chambres prussiennes se rangèrent finalement à l'avis de la commission de la Chambre des seigneurs (1) et le gouvernement dans son projet de loi de 1898 a adopté le principe de la transmission *ipso jure* à l'Anerbe.

Ont seuls la qualité d'Anerben d'après les lois de 1896 (2) et de 1898 (3) les descendants du *de cujus*, ses frères et sœurs ainsi que les descendants de ceux-ci et dans certains cas son conjoint. Les ascendants ne peuvent pas succéder d'après les règles de l'Anerbenrecht, dès qu'ils sont appelés à la succession ce sont les règles du droit commun qui reprennent leur empire (4).

L'Anerbengut figure dans la masse (5) de la succession ; renoncer à celle-ci c'est également renoncer à celui-là, sans que la réciproque soit vraie (6).

Sont aptes à succéder : les enfants légitimes (7), les en-

remarquer du côté du gouvernement, à la mort du titulaire du fidéicommis s'ouvre à côté de la succession du *de cujus*, une succession à la masse fidéicommissaire complètement distincte de la précédente. L'Anerbengut au contraire continue à figurer dans la masse (*Bericht der IX Kommission des Herrenhauses*, Drucksachen, n° 6). L'échec du gouvernement a d'ailleurs été plus apparent que réel, car la loi de 1896 contient bon nombre de dispositions défavorables à l'idée d'une pluralité de patrimoines. Cf. § 10 *in fine*. L'Anerbengut échoit à l'Anerbe comme une portion de la masse.

(1) § 10.

(2) § 10, cf. Exposé des motifs, p. 46.

(3) § 13.

(4) Cf. sur les motifs que l'on peut faire valoir pour ou contre la limitation des principes de l'Anerbenrecht à certaines classes de parents. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 417 et seq.

(5) Cf. *suprà*.

(6) Loi de 1898, §§ 13 et 18.

(7) Loi de 1898, § 14. Aux légitimes il y a lieu d'assimiler les légitimés (§ 14) ; loi de 1896, § 14. Toutefois les dispositions de la loi de 1896 à cet égard ne sont pas applicables dans les régions où les Landgüterordnungen sont en vigueur. Dans celles-ci l'ordre des héritiers est le même pour l'Anerberrecht des Rentengüter que pour l'Anerbenrecht des Landgüterordnungen (§ 11 *in fine*).

fants adoptifs et les enfants naturels (1). Le paragraphe 14 *in fine* s'écarte des principes généralement admis en matière de représentation. Ce ne sont pas les enfants de l'Anerbe prédécédé qui succèdent aux droits de celui-ci relativement à l'Anerbengut, ils sont primés par les frères de l'Anerbe. Peut-être a-t-on voulu éviter ici les inconvénients d'une tutelle, toujours possible, lorsqu'il s'agit de descendants du second degré du titulaire de l'Anerbengut.

Entre héritiers du même degré c'est l'âge qui décide en principe (2) ; toutefois la loi pour la province de Westphalie tenant compte de certains usages locaux (3) a organisé le minorat pour diverses régions (4).

Les paragraphes 22 et 25 (5) ont pour but d'écarter les conséquences que l'on aurait pu tirer de la transmission *ipso jure* dont la loi a admis le principe et montrent bien que la dévolution de l'Anerbengut, n'est pas la dévolution d'une masse à part. Les dispositions qu'ils contiennent sont particulièrement protectrices des droits des cohéritiers. D'après le paragraphe 22 l'Anerbe, quoique propriétaire de l'Anerbengut ne peut cependant se faire inscrire comme tel sur le livre foncier qu'avec le consen-

(1) Seulement lorsqu'ils sont aptes à succéder à la masse (§ 13). Or les enfants naturels n'ont de droits que relativement à leur mère (Landrecht, § 639, II, 2 ; Bürgerliches Gesetzbuch, § 1705). Ils ne peuvent donc être Anerben que de leur mère.

(2) Loi de 1898, § 14 ; loi de 1896, § 11.

(3) § 15. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 379.

(4) La Landgüterordnung pour la Westphalie l'avait fait avant elle (§ 14). Il fallait toutefois une mention en ce sens dans l'inscription. Lors de la discussion de la loi de 1898, il fut question de n'admettre le minorat qu'en vertu d'une mention expresse faite au livre foncier de la part du propriétaire. Cela fut rejeté comme ne cadrant pas avec l'esprit de la loi qui est de se rattacher étroitement aux coutumes existantes.

(5) Cf. §§ 14 et 19 de la loi de 1896.

tement de ses cohéritiers ; on a voulu par là éviter que l'Anerbe ne grevât le Hof avant le règlement définitif des droits de chacun. Toute exécution forcée sur le Hof est interdite de la part des créanciers personnels de l'Anerbe tant que cette inscription n'a pas eu lieu ; et les cessions volontaires du droit de l'Anerbe sont également prohibées ; la loi a voulu par cette défense éviter les spéculations qui ne répondaient pas au but qu'elle se proposait, à savoir le maintien du bien entre les mains d'un cohéritier.

Le partage de la succession, après prélèvement du préciput s'opère d'après les règles du droit commun ; l'Anerbe est tenu des dettes du *de cuius*, même sur l'Anerbengut, nouvelle preuve que la transmission successorale de celui-ci ne constitue pas la transmission d'une fortune à part.

C. — *Evaluation de l'Anerbengut* (1).

Elle a lieu comme d'après toutes les lois relatives à l'Anerbenrecht non pas en estimant le bien à sa valeur marchande (Verkaufswerth) mais en capitalisant le revenu net annuel moyen que l'exploitation régulière du bien dans son état actuel peut donner (2). Les bâtiments servant à l'habitation ou à l'exploitation ne doivent pas être estimés à part du moins en règle. Tous les autres bâtiments industriels doivent être l'objet d'une évaluation spéciale, elle se fait d'après leur valeur locative.

Les immeubles par destination servant à l'exploitation du fonds (ustensiles aratoires, bestiaux) sont en qualité d'accessoires compris dans l'estimation générale du Hof (§ 24). Il est dérogé à cette règle pour les Anerbengüter dont la maison d'habitation est située dans le ressort du

(1) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 379 et seq.

(2) Loi de 1898, § 5 ; loi de 1896, § 17. C'est ce que l'on appelle l'*Ertragswerth*.

Landgericht de Duisbourg (1). Dans cette région la prédominance de l'élevage sur la culture proprement dite a fait naître la coutume, lors des transmissions de biens, de faire du bétail une estimation particulière en ne le considérant plus à cet égard comme une simple dépendance du Hof. C'est cette coutume que la loi a consacrée en l'étendant dans une pensée de simplification à tout l'inventaire des Höfe du ressort du Landgericht de Duisbourg.

Sont également soumis à une estimation particulière d'après leur valeur vénale sur la demande des intéressés (2) :

1° Les Anerbengüter dont les bâtiments et dépendances ont plus de valeur que le surplus de l'exploitation.

2° Les parcelles qui se trouvent comprises dans un plan d'alignement (3).

3° Les parcelles de l'exploitation dont la valeur vénale dépasse le quadruple de leur Ertragswerth parce qu'elles contiennent des minéraux dont la fouille et l'extraction ne sont pas soumises aux règles du droit commun (4).

De la valeur ainsi obtenue après ces diverses estimations il y a lieu de déduire certaines charges grevant le bien. Cette déduction se fait d'après des règles différentes selon la nature des charges. Les charges permanentes sont à déduire du revenu annuel de l'exploitation d'après leur taux annuel (5), les charges passagères doivent être déduites du revenu capitalisé d'après une somme répondant à leur durée vraisemblable (6).

(1) § 25, al. 7. Brentano, *op. cit.*, p. 380.

(2) Loi de 1898, § 25, al. 4.

(3) On vise surtout la loi du 2 juillet 1875.

(4) C'est-à-dire à l'excellente loi du 24 juin 1865. La loi de 1898 énumère parmi les minéraux les suivants : la pierre à chaux, l'ardoise, etc.

(5) Loi de 1898, § 25, al. 2.

(6) Loi de 1898, § 25, al. 5.

Ce sont les charges grevant le bien qui doivent être ainsi soustraites de la valeur obtenue ; les dettes proprement dites, même celles affectant le bien d'une façon spéciale, au moyen d'une hypothèque par exemple ne doivent pas être comprises dans la soustraction.

Le reliquat ainsi obtenu doit être multiplié par 25 ; il convient d'ajouter au total la valeur des arbres qui n'ont pas été coupés à l'époque prescrite par leur aménagement (1). On a ainsi la somme pour laquelle l'Anerbengut figurera dans la masse de la succession.

D'après un avis émis au Landtag prussien lors de la discussion de la loi de 1898, la valeur vénale des exploitations rurales en Westphalie dépasse de moitié la valeur résultant de l'estimation légale (2).

D. — *Avantages et obligations de l'Anerbe.*

Nous venons de voir l'un de ces avantages, il résulte de l'estimation modérée du bien qui lui est attribué. Ce n'est pas le seul, l'Anerbe a droit à un préciput du tiers (3)

(1) Loi de 1898, § 25, al. 5. Cf. sur la procédure d'estimation, § 40 de la même loi.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 381. Mais il faut remarquer que, pour M. Brentano, la constatation a moins de valeur que pour tout autre. L'auteur se range à l'avis de ceux qui estiment que l'Anerbenrecht donnant au sol le caractère d'un monopole, en augmente le prix (Cf. entre autres passages, *Gesammelte Aufsätze, op. cit.*, p. 398. Cette conséquence de l'Anerbenrecht est d'ailleurs contestée). La haute valeur vénale des immeubles étant un résultat de l'Anerbenrecht, celui-ci, avec son taux modéré d'estimation, ne ferait que corriger des excès dont il est seul coupable. La lésion des cohéritiers serait donc moins considérable.

(3) Loi de 1898, § 26.

Loi de 1896, § 18.

La loi de 1898 pour la Westphalie fait exception à la règle pour le ressort du Landgericht de Duisbourg. Conformément aux coutumes locales, le préciput ne doit être ici que de 1/5.

sur la valeur du Hof. La base du calcul du préciput n'est pas la même dans tous les cas, elle varie selon l'importance des dettes successorales et les forces du patrimoine du *de cujus* en dehors de l'Anerbengut. Ce patrimoine est-il suffisant pour permettre l'imputation sur lui-même de la totalité des dettes de succession que le préciput doit être calculé sur la totalité de la valeur du Hof; au cas contraire le préciput ne doit être calculé que sur le surplus de cette valeur (1).

L'estimation modérée de l'Anerbengut, le préciput du tiers de sa valeur ne sont pas les seuls avantages faits à l'Anerbe, les deux lois de 1896 et de 1898 lui en accordent encore un autre dans le mode d'acquittement des soultes des cohéritiers (Abfindungen).

En principe cet acquittement ne doit pas avoir lieu en capital, il doit avoir lieu à l'aide d'une rente. C'est la consécration législative d'une idée très agitée dans ces der-

(1) Voici l'exemple que donne l'exposé des motifs de la loi de 1898. Il y a 3 héritiers.

	Marks
Valeur nette du Hof.	63.275
Fortune en dehors du Hof.	16.000
Dettes de succession	60.500
<i>1^{re} imputation.</i>	
Imputation de 60.500 sur 16.000.	+44.500
<i>2^e imputation.</i>	
Imputation de 44.500 sur 63.275 = ...	18.775
Un tiers de cette somme = ...	6.258,33
à l'Anerbe comme préciput.	
Le surplus soit 12.516,67 partagé entre les 3 héritiers y compris l'Anerbe = ...	4.172,22
L'Anerbe a droit à 10.430,55 sur le bien; il ne doit à chacun de ses cohéritiers que 4.172,22.	

Si les dettes successorales avaient pu être imputées sur les 16.000 marks de fortune en dehors de l'Anerbengut, l'Anerbe eût recueilli un préciput de 21.091 marks qui, ajouté à sa part successorale sur la valeur du Hof, eût constitué la somme de 35.152 marks. La soulte à payer à chacun de ses cohéritiers eût été de 14.061 marks.

nières années qui a pénétré peu à peu (1) les esprits en Allemagne (2) et en particulier les cercles gouvernementaux prussiens. Le sol, dit-on, n'est pas un capital et il n'engendre pas de capital, ce n'est qu'une source de revenus, un fonds de rente ; on ne saurait donc lui demander plus qu'il ne peut donner. La rente est en conséquence la forme naturelle et convenable de l'endettement du sol ; c'est à cette constatation évidente (3) aux yeux du législateur, que le paragraphe 29 de la loi de 1898 doit sa rédaction (4). La rente doit représenter 4 0/0 de la soulte due sur la valeur de l'Anerbengut (5).

Cette rente (6) constitue une obligation personnelle de l'Anerbe ; elle conserve cette qualité alors même qu'elle aurait été inscrite sur le livre foncier, cette inscription a seulement pour but de rendre la rente opposable à un acquéreur de l'Anerbengut. Cette rente est rachetable six mois après l'avertissement donné par le débiteur (7) (Anerbe ou tiers acquéreur). Le crédi-rentier peut également, en prévenant six mois d'avance, exiger le paiement

(1) M. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 445, se déclarait encore en 1884 hostile à l'idée émise par v. Inama Sternegg (*Zur Reform des Agrarrechts*, p. 15). Cf. entre autres sur cette question qui a fait couler beaucoup d'encre les articles de M. Conrad et de Baron dans les *Jahrbücher für Nationalökonomie* (tome 61, p. 1 et seq., p. 804 et seq.).

(2) C'est la consécration des théories de Rodbertus sur la nature du sol au point de vue économique. M. Brentano s'est élevé contre le principe lui-même (*Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*). Berlin, 1895, p. 33 et seq.) et sa consécration (*Gesammelte Aufsätze*, p. 390).

(3) Elle est des plus contestables.

(4) Cf. §§ 29 et seq. de la loi de 1896.

(5) La transformation du capital en rente n'a pas lieu dans tous les cas ; elle n'est pas imposée pour les soultes de moins de 100 marks, § 29 *in fine*.

(6) Elle est payable tous les six mois. Sur le point de départ, cf. § 29, al. 2.

(7) Loi de 1898, § 30.

du capital de la rente (1). Cette rente n'est pas amortissable ; la commission de la Chambre des députés n'a pas voulu à cet égard se ranger au projet gouvernemental qui décidait le contraire et son avis a prévalu (2).

A ces deux points de vue la loi de 1898 s'écarte de la loi de 1896 ; d'après celle-ci le crédi-rentier ne peut pas demander le remboursement du capital de la rente (3) et celle-ci est en principe amortissable, sauf convention contraire des intéressés (4). L'État a mis son crédit à la disposition des cohéritiers pour leur permettre de réaliser leurs rentes. Celles-ci peuvent en effet être reprises par les Rentenbanken (5), d'après les conditions fixées par le

(1) § 30 *in fine*. La rédaction finale de ce paragraphe est due à la commission de la Chambre des députés (Bericht der XV Kommission des Hauses der Abgeordneten über den Gesetzentwurf betreffend das Anerbenrecht, etc. Nr 56, des *Drucksachen*, pp. 50 et 51. La rédaction primitive qui donnait plus de garanties à l'Anerbe fut écartée comme affaiblissant d'une façon peu équitable, en présence des droits importants de l'Anerbe, les droits de ses cohéritiers).

(2) *Bericht*, p. 48.

D'après le projet, lorsque le capital de la rente dépassait 1000 marks, la rente devait être amortissable. L'amortissement aurait compris annuellement 1 1/2 0/0 du capital de la rente à défaut d'entente entre les intéressés. De cette façon le Hof eût été libéré au décès de chacun de ses titulaires des charges correspondant à l'administration de celui-ci (soit une moyenne de plus de 33 ans).

La Chambre des députés ne s'est pas rangée à cette manière de voir, elle a craint que les cohéritiers ne tinssent aucun compte de la portion de capital représentée par une partie de la somme qui leur serait annuellement payée. Ce capital eût pu être dépensé avec les revenus, dépense que le cohéritier aurait eu à regretter sur ses vieux jours.

(3) Sauf pour les soultes de moins de 30 marks et pour celles qui dans leur ensemble ne dépassent pas le revenu net moyen d'une année, § 20 *in fine*.

Le débi-rentier (l'Anerbe ou l'acquéreur) peut racheter la rente.

(4) § 21.

(5) Ce qui justifie la remarque suivante de M. Zuns. « Tandis que la création de Rentengüter n'exige qu'une seule fois l'intervention de l'Etat, d'après le projet de loi en question (ces lignes étaient écrites en

§ 22 de la loi (1). L'Anerbe devient désormais débiteur de la Rentenbank. La reprise de la rente n'est pas obligatoire pour la banque ; elle dépend des garanties offertes par l'Anerbengut, garanties dont l'appréciation appartient à la Generalkommission (2). La présence de garanties suffisantes ne constitue pas encore une obligation pour la Generalkommission d'émettre un avis favorable à la reprise de la rente, la Generalkommission conserve à cet égard toute sa liberté (3).

Les deux lois de 1896 et de 1898 ont voulu éviter que

1895) il y aura lieu de recourir au crédit de l'Etat à chaque dévolution successorale, à chaque cession de biens ; l'intervention de l'Etat devient donc une institution permanente » (*Das Anerbenrecht für die Rentengüter*, Frankfurt a/Main, 1895, p. 3).

(1) La banque donne soit 24 fois $1/2$ le montant de la rente en Rentenbriefen 3 $1/2$ 0/0, soit 26 fois le montant de la rente en Rentenbriefen 3 0/0 d'après la valeur nominale de celle-ci et à défaut, de l'argent comptant, § 22.

(2) Cf. §§ 23, 24.

(3) Lors de la préparation de la loi de 1898 le Landtag provincial westphalien avait à l'instigation de l'association des paysans westphaliens émis un vœu dans le sens de la création d'un établissement de crédit soutenu par l'Etat et ayant pour but de faciliter ces reprises de soultes sous forme de rentes. Le gouvernement, en dépit de toute sa bonne volonté pour les agrariens (il n'était pas encore question de la *Kanalvorlage*) projet de canal, ne put cependant que s'opposer à la réalisation d'un semblable vœu. « La résolution (du Landtag provincial) exige, disait le représentant du gouvernement à la Chambre des députés, que les ressources de l'Etat soient affectées à la transformation d'hypothèques garantissant des soultes héréditaires obligations de pur droit privé en hypothèques amortissables... Sans doute il y a des cas, où soit le crédit, soit les ressources de l'Etat ont été employés à de semblables fins. » L'orateur cite entre autres exemples celui des Rentengüter et des Ansiedlungsgüter. « Mais cela a été justifié par l'intérêt spécial politique économique et financier, que l'Etat avait à l'égard de ces biens. Dans le cas présent il ne s'agit que d'intérêts purement particuliers. » Où s'arrêter d'ailleurs dans cette voie. Devait-on à l'occasion de la loi en discussion toucher à l'importante matière du rachat des hypothèques par l'Etat ? (*Bericht der Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten*, V. session 1898, p. 2627).

les sacrifices qu'elles imposaient aux cohéritiers ne remplissent pas le but qu'elles avaient en vue, le maintien du Hof dans la famille, en incitant l'Anerbe à tirer parti par une revente avantageuse du taux modéré d'estimation auquel le bien lui avait été attribué. A cet effet, elles ont admis deux dispositions que beaucoup réclamaient depuis longtemps (1) : à savoir le rapport du préciput de l'Anerbe en cas d'aliénation du Hof dans un certain délai et un droit de préemption des cohéritiers en pareille hypothèse (2).

D'après la loi pour la province de Westphalie en cas d'aliénation de l'immeuble dans un délai de 15 ans (3) depuis la transmission du bien à l'Anerbe, celui-ci doit rapporter le montant du préciput dans la masse successorale. Il ne doit rapporter que cela (4). L'aliénation faite par l'Anerbe à une personne ayant à son égard la qualité d'Anerbe ne donne pas lieu au rapport, ainsi que la sous-aliénation faite par cet acquéreur si elle a lieu au profit d'une personne Anerbe par rapport à lui (5). Les cohéritiers peuvent faire inscrire leur droit au préciput dans le livre foncier.

Ils ont qualité non seulement pour prétendre au rapport du préciput mais encore pour exercer un droit de préemption dans les mêmes conditions que leur droit au préciput (6).

(1) Cf. tentatives analogues dans une décision de la Chambre des Seigneurs à la date du 26 avril 1856. Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 317 et 318 ; Buchenberger, *op. cit.*, p. 496.

(2) Brentano, *op. cit.*, pp. 335, 382, 392.

(3) 20 ans d'après la loi de 1896, § 26.

(4) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 391. Cf. sur les aliénations partielles § 32, al. 2 de la loi de 1898 ; § 26, al. 2 de la loi de 1896.

(5) 1898, § 32 *in fine* ; 1896, § 26.

(6) 1898, § 33 ; 1896, § 27.

Toutefois ce droit de préemption ne peut être exercé qu'en matière d'aliénation forcée ou volontaire. La disposition relative au rapport du préciput est plus large. Enfin le droit de préemption n'existe pas en matière d'aliénation partielle.

Ces limitations apportées au droit de l'Anerbe ne sont pas les seules obligations lui incombant à l'égard de ses cohéritiers. D'après la loi de 1898, qui est à cet égard plus complète que celle de 1896 (1), les frères et sœurs de l'Anerbe peuvent exiger de lui un entretien convenable sur l'Anerbengut jusqu'à leur majorité moyennant une collaboration proportionnée à leurs forces (2). C'est là ce que l'on appelle l'« Asylrecht » déjà réglementé par la Landgüterordnung de 1882. Il avait dans le paragraphe 19 de cette Landgüterordnung une saveur autrement familiale, il ne cessait pas avec la majorité du bénéficiaire (3).

L'Anerbe ne peut pas se libérer de son obligation en acquittant les soultes qu'il doit à ses frères et sœurs, ceux-ci peuvent au contraire exiger à toute époque le paiement de ce qui leur est dû, mais ils perdent en même temps tout droit à l'entretien sur le Hof (4).

(1) A défaut de disposition du *de cuius* cette loi ignore des obligations légales analogues à celles imposées par le paragraphe 35 de la loi de 1898, § 32 de la loi de 1896.

(2) L'entretien comme la collaboration doivent être « standesgemäss », c'est-à-dire conformes au rang social des parties.

Un orateur a vanté au cours de la discussion « la concorde et l'harmonie avec lesquels les frères et sœurs restant sur le Hof collaborent avec l'Anerbe » (Discours du député westphalien Herold à la séance du 11 mai 1898).

(3) Avec la modification s'élève une grosse objection contre l'Anerbenrecht, si les mœurs ne viennent pas compléter la loi peut-on encore parler de bien de famille ? Le soi-disant bien de famille n'est-il pas le bien d'un seul ?

(4) 1898, § 35, al. 2. Ils perdent également tout droit à l'entretien sur le Hof lorsqu'ils réclament des intérêts de leurs soultes. La curieuse disposition du paragraphe 19 de la Landgüterordnung de 1882, aux termes de laquelle le droit à la soulte s'éteignait au cas où le cohéritier entretenu sur le Hof décédait célibataire et sans enfant, avait été reproduite par le projet du gouvernement, elle a été supprimée par la Chambre des députés (*Bericht*, V. Session 1898, p. 2710, s. 2702).

E. — *Droit de disposition du propriétaire du Hof.*

Les deux lois (1) posent également en principe que le droit de disposition du propriétaire sur l'Anerbengut reste intact, mais la loi de 1896 laisse prévoir des restrictions et ces restrictions sont des plus notables (2). Elles s'expliquent d'après les partisans de la loi par le rôle que l'Etat a assumé en matière de Rentengüter.

Le propriétaire d'un Anerbengut (3) ne peut le morceler ni par acte entre vifs ni par disposition testamentaire (4) sans le consentement de la Generalkommission. Le même consentement est requis pour les aliénations à d'autres qu'à certains parents déterminés par la loi. Toutefois la Generalkommission ne doit dans ce cas refuser son autorisation que lorsqu'il est à craindre que l'Anerbengut ne perde son indépendance par sa réunion avec un bien plus grand. Certaines autorités locales sont appelées à donner leur avis avant la décision de la Generalkommission (5). En cas de divergence d'opinions, c'est au ministre de l'agriculture qu'il appartient de statuer (6).

La loi de 1898 ignore ces restrictions apportées soit

(1) 1898, § 12 ; 1896, § 6.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 372, loi de 1896, §§ 7, 8, 9.

(3) La loi ne s'applique qu'aux Rentengüter et aux Ansiedlungsgüter créés après sa mise en vigueur, § 7 *in fine*.

(4) De sorte que la liberté d'exclure l'Anerbenrecht en matière de Rentengüter se trouve singulièrement limitée. Elle ne pourrait que s'affirmer sous la forme d'une augmentation des soultes des cohéritiers de l'Anerbe ordonnée par le *de cujus*. Mais il est peu probable que le *de cujus* ordonne cette augmentation préjudiciable à l'Anerbe. Le *de cujus* a encore la liberté de désigner un autre Anerbe, mais là encore il n'y a rien qui puisse écarter l'application de l'Anerbenrecht. Il fonctionne au profit d'une autre personne. De tout ceci il résulte qu'il est peut-être excessif de dire que la loi de 1896 a organisé un simple Intestatanerbenrecht direct mais facultatif. On se trouve bien plutôt en fait en présence d'un Anerbenrecht forcé (Zwangsanerbenrecht). Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 336, note 1.

(5) Kreisausschuss, Stadtausschuss du ressort dans lequel l'Anerbengut est situé.

(6) § 7.

aux actes entre vifs soit aux dispositions de dernière volonté. Le propriétaire de l'Anerbengut peut désigner un autre Anerbe, exclure même l'Anerbenrecht et soumettre son Hof à la succession du droit commun (1).

Les deux lois de 1896 et de 1898 donnent au propriétaire une plus grande latitude que le droit commun à l'égard de la légitime (2). En vue du calcul de celle-ci il y a lieu de prendre la même base d'estimation du Hof que celle qui a servi à l'établissement des parts successorales *ab intestat*. La loi de 1898, allant moins loin à cet égard que la loi de 1896 qui s'en tient aux principes des Landgüterordnungen, décide que le préciput de l'Anerbe ne doit pas être distrait de la masse sur laquelle s'opère le calcul de la légitime. La masse sur laquelle celle-ci se calcule se trouve ainsi plus considérable (3).

La légitime de l'Anerbe se calcule au contraire d'après les règles du droit commun sans prendre pour base l'estimation modérée du Hof.

(1) Sur le caractère tout théorique de la liberté du propriétaire d'un Rentengut soumis à l'Anerbenrecht, cf. *suprà*, p. 465, texte et note 2, p. 500, texte et note 4. Sur la simplicité des formes exigées pour l'exclusion de l'Anerbenrecht, cf. § 12 de la loi de 1898. La loi a introduit une forme spéciale d'exclusion de l'Anerbenrecht (déclaration légalisée) afin de satisfaire ceux qui, trouvant le paysan trop timoré pour user du testament olographe introduit par le Code civil, avaient exigé l'institution d'une Ausschlussvermerk (notation d'exclusion) au livre foncier dans l'hypothèse où le propriétaire voudrait soumettre son Hof au droit commun des successions. L'Ausschlussvermerk a été écarté comme ayant trop d'analogies avec le système discrédité des Höferollen. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 374.

(2) 1898, § 38 ; 1896, § 34.

(3) 1898, § 38, al. 1 *in fine*. Quoiqu'il en soit les résultats sont encore des moins satisfaisants. Au cas où le propriétaire du Hof ne laisse aux cohéritiers de l'Anerbe que leur légitime sur les bases établies par la loi, il y a un véritable abîme entre les situations pécuniaires des enfants, surtout avec le principe des soultes à acquitter sous forme de rentes, Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 384. L'auteur prend comme exemple un cas où l'Anerbe aura 520.000 marks en capital et chacun de ses quatre cohéritiers une rente de 400 marks !

CHAPITRE III

« DE LEGE FERENDA »

Nous avons vu la forme dernière que l'évolution moderne a donnée à l'institution de l'Anerbenrecht. La vieille institution de classe a disparu pour faire place au mode de dévolution spéciale d'une catégorie de biens, celle des immeubles ruraux, quelle que soit la qualité des propriétaires. Avec les deux dernières lois dont nous avons présenté le commentaire, le gouvernement prussien a fait le premier pas dans une voie où il désire s'engager plus à fond, celle de l'Intestatanerbenrecht direct ; il se sent soutenu dans cette marche par une grande partie de l'opinion scientifique allemande qui cherche à réparer par cette voie détournée l'échec qu'a subi lors de la rédaction du nouveau Code civil la proposition de donner à l'Empire une législation uniforme en matière d'Anerbenrecht. C'est de cet échec dont il nous faut dire maintenant quelques mots.

La question de la réglementation de l'Anerbenrecht par la loi d'Empire fut soulevée de bonne heure. La « Vorkommission » chargée de la fixation du plan et de la méthode de l'ébauche d'un projet de Code civil déconseillait une législation uniforme en matière de biens de paysans tout en admettant la possibilité d'une entente des Etats du Nord de l'Allemagne principalement intéressés à la question.

Au Conseil de l'agriculture allemand les partisans de l'Anerbenrecht déployaient une grande activité dans le sens de son adoption par la législation d'Empire. En 1886

la question y fut discutée à l'instigation de M. Miaskowski fervent de l'Anerbenrecht ; les représentants de régions de Naturaltheilung se montrèrent défavorables à l'introduction de la transmission intégrale dans le Code civil (1), par contre la proposition d'une réglementation générale trouva de chauds défenseurs à l'avis desquels la majorité du conseil se rallia. Une requête en ce sens fut adressée au chancelier de l'Empire en le priant de la communiquer à la commission de rédaction du Code civil. La requête réclamait qu'on cumulât dans le Code civil un Intestat-*anerbenrecht* direct (2) et le système des *Höferollen* pour les régions qui ne connaissaient pas l'Anerbenrecht. L'année suivante, à la suite d'un rapport de M. Miaskowski le même conseil prenait une résolution aux termes de laquelle il confirmait son opinion en faisant cette fois ressortir tous les inconvénients des contrats de cession.

Au « Verein für Sozial Politik » où la question d'un *Anerbenrecht* pour tout l'Empire fut discutée dès 1882 l'accord fut moins unanime ; Von Schulze reconnaissait la nécessité d'une réglementation en matière de transmission intégrale, insistait sur les inconvénients que d'après lui le Code Napoléon présentait à cet égard, mais se prononçait contre toute immixtion du Code civil projeté dans les coutumes en vigueur (3). Deux années plus tard à la réunion annuelle M. Buchenberger s'élevait avec toute l'autorité que lui donne sa haute compétence en ces matières contre l'idée de l'adoption de l'Anerbenrecht par

(1) Cf. notamment le discours du représentant badois M. Märklin (*Archiv. des deutschen Landwirthschaftsrats*, 10^e année, 1886, p. 143).

(2) Sans préciput, mais avec une évaluation du bien d'après l'*Ertragswerth* (Cf. *Materialien zu dem 3. Abschnitte des Entwurfes eines Einführungsgesetzes*, p. 27). Cf. la proposition de M. Miaskowski à la réunion de Francfort du « Verein für Social Politik » (1882) dans les *Schriften des Verein*, t. XXI, p. 27.

(3) *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, tome XXI, pp. 46 et 47.

la nouvelle législation civile uniforme que l'Allemagne voulait se donner (1).

Les rédacteurs se sont rangés à l'avis de ceux qui estimaient que l'institution de l'Anerbenrecht ne devait pas figurer dans le nouveau Code. Voici l'argumentation des motifs de la loi d'introduction : suivre la voie indiquée par le Conseil de l'agriculture supposait que l'Anerbenrecht constituait un besoin général dans toute l'étendue de l'Empire (2). Or un tel besoin n'existait pas.

Il y a de grandes régions au Centre, à l'Ouest et au Sud de l'Allemagne, régions de culture intensive, de culture développée, de population dense et de morcellement du sol où l'Anerbenrecht ne convient pas. Dans d'autres la propriété est suffisamment arrondie et les coutumes de transmission intégrale sont en vigueur, toutefois même dans ces régions l'Anerbenrecht n'est pas réclamé et son introduction choquerait la conscience juridique des populations ainsi que des habitudes séculaires. L'opinion que dans ces régions il suffirait de permettre aux législations locales de faire dégénérer l'Anerbenrecht en simple système des Höferollen manque de fondement. Car là où l'Anerbenrecht n'existe pas le système des Höferollen n'a que faire. Quant à compter sur la vertu éducatrice des Höferollen il n'y faut pas songer avec la fâcheuse expérience faite dans des parties de l'Allemagne où les condi-

(1) La question fut également très discutée dans la littérature et grand nombre de bons esprits se prononcèrent en faveur de l'introduction de l'Anerbenrecht dans le Code civil. Cf. Gierke, notamment (*Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuches zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz. Jahrbücher für Gesetzgebung Verwaltung im deutschen Reiche*, 1888). Cf. également en ce sens un rhénan, M. Ludwig Fuld qui réclame, dans le nouveau Code civil un droit paysan allemand et veut soustraire le rural « aux vues des Mirabeau, Talleyrand, Condorcet, Sieyès » (*Das Erbrecht des Code civil und der bäuerliche Grundbesitz. Jahrbücher* cités, même volume).

(2) *Materialien*, p. 28.

tions du succès ne faisaient cependant pas défaut. Quoiqu'il ne figure pas dans le Code civil, les juristes accorderont à l'Anerbenrecht là où il aura reçu une réglementation locale toute l'attention qu'il mérite (1). « C'est un fait connu, qu'en Hanovre le droit successoral paysan a formé pendant longtemps le thème principal des travaux juridiques (2). »

Sans doute, poursuivent les motifs, on pourrait introduire l'Anerbenrecht dans le Code civil en réservant aux États la faculté de l'exclure ; mais cela serait peu conforme à la maxime « *Reichsrecht bricht Landesrecht* » (3). L'exclusion serait, d'ailleurs, peut-être parfois délicate, il suffirait de la résistance d'un seul des éléments de la puissance législative (Chambre des députés ou Chambre des Seigneurs) pour laisser fonctionner l'Anerbenrecht du Code civil. Enfin il est impossible de faire une construction schématique de l'Anerbenrecht pour tout l'Empire ; dans les États mêmes où il est en vigueur il offre les plus grandes variétés. Ce n'est pas le résultat du hasard mais d'une nécessité sentie que le caractère exclusivement local de tous les projets de loi sur la matière. C'est avec raison qu'en Prusse on a procédé par provinces ; les *Landesgüterordnungen* présentent entre elles des différences importantes. La difficulté de la question est prouvée par l'exemple de ce qui s'est passé en Westphalie où l'Anerbenrecht constitue une coutume populaire, les habitants se sont

(1) Ceci pour répondre à l'objection faite par certains partisans de l'Anerbenrecht. Voici par exemple ce que disait M. Gierke : « Un Anerbenrecht reconnu seulement par les législations particulières, sans appui dans les principes du Code civil en matière de succession demeurerait affecté de la souillure d'une institution anormale et aurait notamment encore à l'avenir à lutter avec la défaveur des juristes qui lui rend actuellement si souvent la vie difficile. »

(2) Cf. une remarque analogue dans Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 324.

(3) Mot à mot « la législation d'Empire brise la législation locale ». Nous pourrions empruntant les formules de nos anciens brocards traduire « Droit d'Empire passe droit local ».

refusés à accueillir la loi de 1836 qui n'avait pas édicté les dispositions convenant aux besoins locaux.

La loi d'Empire devrait donc se borner à poser quelques principes généraux que les législations locales auraient soit à compléter, soit à modifier ; mais les points communs pour la fixation de ces principes font défaut. Prendre telle idée adoptée dans tel État et rejeter telle autre adoptée dans tel autre État serait arbitraire. « Si une expérience de la part de la législation d'Empire donne à réfléchir sur un domaine quelconque, c'est bien sur celui-ci (1). » Toutefois la première commission reconnaissait à la législation d'Empire le soin de tracer un cadre dans lequel les législations locales pourraient se mouvoir en matière d'Anerbenrecht.

Cette solution de la première commission du Code civil ne fut pas confirmée par la seconde (2) qui décida de s'en remettre absolument aux législations locales et remplaça les quatre articles que le premier projet avait consacrés à préciser les limites de la liberté des pouvoirs locaux par un seul article (avec une seule et unique restriction), l'article 64 de la loi d'introduction au Code civil. Aux termes dudit article « il n'est pas dérogé aux prescriptions

(1) *Materialien*, *op. cit.*, p. 30.

Il y avait sans doute une part de vérité dans toute cette argumentation, mais la première commission s'exagérait comme à plaisir les difficultés de la matière. Les motifs invoqués témoignaient surtout de la répulsion de leurs auteurs à admettre une loi d'Empire sur la question ; par contre ils étaient peu probants. Il ne manquait pas de points où la codification était au moins aussi délicate qu'en matière d'Anerbenrecht, c'était à l'égard des régimes matrimoniaux, elle n'en a pas moins été réalisée, on a admis la pluralité des régimes, n'aurait-on pas pu admettre pareillement une pluralité de régimes en matière de succession, à supposer qu'il soit bon d'une façon générale de fixer en lois les coutumes de transmission intégrale.

(2) Cf. l'extrait des Protokolle dans les *Materialien*, p. 31 et seq. Ils discutent la suppression de l'Anerbenrecht mais se prononcent en faveur du maintien de l'institution.

des lois des États sur l'Anerbenrecht en matière d'exploitations agricoles et forestières avec leurs dépendances. Les lois des États ne peuvent pas limiter le droit du *de cujus* de disposer *mortis causa* sur les biens soumis à l'Anerbenrecht ». La réserve de l'article 64 a une portée très large et ne comprend pas seulement la transmission intégrale proprement dite, mais tous ses accessoires (1) (Abfindungen, obligation d'entretien, etc.). L'impossibilité où se trouvent placées les législations locales de limiter le droit de disposition *mortis causa* du *de cujus* a pour but de permettre aux intéressés d'obvier aux inconvénients que l'Anerbenrecht peut présenter dans certains cas. « Il faut donner au propriétaire de l'immeuble la possibilité de tenir compte des conditions de fait particulières, qu'il connaît mieux que tout autre, à l'aide d'une manifestation de dernière volonté (2)... »

Ce que les partisans de l'Anerbenrecht n'ont pas pu obtenir directement pour tout l'Empire, ils cherchent à l'obtenir actuellement d'une façon indirecte par la voie des législations locales, leur but est de mettre la loi d'accord avec la coutume. D'après eux le Code civil est déjà vieux avant que d'avoir vécu, ses prescriptions ne tiennent aucun compte des besoins de l'agriculture qui trouvent leur expression dans de saines habitudes successorales. C'est en effet le propre des partisans de l'Anerbenrecht de pouvoir

(1) *Materialien*, p. 33.

Il faut compléter cette disposition de l'article 64 par celle de l'article 96, également de la loi d'introduction. Cet article maintient les dispositions locales sur les contrats de pension et de douaire accessoires d'un contrat de transmission de biens.

(2) *Materialien*, *loc. cit.* Le testateur pourrait même exclure l'Anerbenrecht. La disposition finale de l'article 64 ne s'applique pas aux Renten Güter. A l'égard de ceux-ci il n'y a aucune restriction apportée au droit des législations locales de limiter la liberté du propriétaire même à l'égard des actes à cause de mort (§ 62 de la loi d'introduction). Cf. *suprà*, p. 500.

invoquer les faits à l'appui de leurs revendications, ils veulent traduire en lois ce qui existe dans une bonne partie de l'Allemagne. L'enquête actuellement en cours dans le royaume de Prusse n'est pas de nature jusqu'ici à leur donner tort, celle faite en Bavière à l'instigation de M. Brentano ne leur est pas défavorable. Examinons avec quelques détails les résultats qu'elles ont donnés.

Dans le ressort de l'Oberlandesgericht de Cologne (1) la région des Hõfe arrondis (Pays de Berg, districts du Bas-Rhin) pratique la transmission intégrale ; au Sud au contraire c'est la Naturaltheilung qui est en honneur (2).

La transmission intégrale s'opère par des contrats de cession de biens, plus rarement par des dispositions de dernière volonté ; à défaut, les héritiers s'entendent après le décès du *de cujus* pour attribuer le bien à un seul ; les ventes aux enchères du bien en totalité ou par parcelles ne sont pas fréquentes. « C'est l'exception, écrit le Landrat de Clèves (3), car l'idée de l'indivisibilité de la propriété familiale, d'une propriété qui doit autant que possible se maintenir dans la famille, a pénétré trop avant dans la conscience de la population. » Le Hof est attribué à l'Uebernehmer pour une taxe modérée (4). Ça et là (5),

(1) La rédaction de cette partie de l'enquête a été confiée à M. Wygodzinski. Cf. également la conférence de M. Gothein souvent citée « *Agrarpolitische Wanderungen im Rheinlande* ».

(2) Cf. dans Wygodzinski, la première carte adjointe à l'enquête.

(3) Wygodzinski, p. 12 et seq.

(4) Cf. sur tous ces points dans Wygodzinski, *op. cit.*, p. 12, le rapport de l'Amtsgericht de Clèves. Cf. également p. 20. On compte le bien pour la valeur qu'il a « entre frères. »

(5) Kreis de Mõrs Wygodzinski, *op. cit.*, p. 12. « Cette forme de transmission (la transmission intégrale) devient toujours plus rare, là où les frères et sœurs de l'Uebernehmer font valoir leurs droits égaux et réclament des attributions qui répondent complètement à la valeur du bien à transmettre », *op. cit.*, p. 14. Cf. p. 29. Il est à remarquer que là où les cohéritiers s'entendent pour attribuer le bien à un seul d'entre eux à

la Naturaltheilung gagne du terrain; les contrats de cession deviennent plus rares, on laisse fonctionner les règles de dévolution successorale *ab intestat*, c'est le Code civil qui est applicable, or l'on sait que, selon une expression fameuse « il fait tout voler en éclats ». Mais ces gains de la Naturaltheilung constituent l'exception. Dans des cercles très industriels, comme celui de Crefeld, la Naturaltheilung n'a pas trouvé accès, le bien est attribué à un seul héritier pour une taxe modérée. Lorsque le Hof ne peut pas être transféré à un seul, les enfants vivent en communauté; « l'esprit de famille est tel, écrit le Landrat, qu'un seul enfant le plus habile et le plus vigoureux (das gesundeste) se marie », les autres restent sur le Hof et lèguent leurs parts à l'enfant marié (1). Il est fait également usage de la quotité disponible au profit de l'Uebernehmer (2).

Cette transmission intégrale a lieu à l'égard des plus petits biens et de la part d'autres que des ascendants (3).

défaut de disposition du *de cuius*, cette attribution a lieu généralement à un taux plus élevé que celle qui a lieu entre vifs du vivant du chef de famille. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 22. C'est une constatation que l'on peut faire dans tous les pays de transmission intégrale. Elle revient à satiété dans l'enquête bavaroise. Cf. *infra*.

En matière de transmissions entre vifs les parents prennent d'ailleurs des mesures en vue d'assurer la transmission intégrale. En vue d'éviter les attaques ultérieures (rares d'ailleurs du moins dans certaines kreise) des cohéritiers, ils déclarent attribuer en préciput à l'Uebernehmer l'excédent de la valeur du bien sur le prix convenu. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 23.

(1) Cf. également pour certaines régions du ressort de l'Amtsgericht d'Uerdingen, Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 18 et 19. On voit dans la communauté un moyen de concilier l'égalité entre enfants et le maintien de l'intégrité des exploitations. Ces communautés rappellent par leur structure les anciennes Gemeinderschaften allemandes. Cf. le modèle de contrat de communauté dans Wygodzinski, *op. cit.*, p. 19. Le notaire d'Uerdingen tout en faisant l'éloge de ces Gemeinschaften leur reproche de détourner du mariage (Wygodzinski, *op. cit.*, p. 20).

(2) On appelle « Uebernehmer » celui qui recueille le bien en matière de transmission intégrale.

(3) Rapport de l'Amtsrichter d'Uerdingen. Le nom de famille s'incor-

Ceux-ci, lorsqu'ils font la transmission intégrale entre vifs, cas le plus fréquent, stipulent des prestations, soit en nature, soit en argent. C'est là l'Altenteil (1). Il n'y a pas de règles fixes pour la désignation de l'Uebernehmer, c'est le plus capable au point de vue technique ; les fils ont généralement la préférence sur les filles (2).

Le paiement des soultes aux cohéritiers n'a pas lieu lors de la transmission, il a lieu soit après la mort du père ou du survivant des parents lorsque la transmission s'est opérée entre vifs, soit lors du mariage du créancier de la soulte. Le taux de l'intérêt est minime, au-dessous de l'intérêt courant. Ce ne sont pas là les seules obligations de l'Uebernehmer ; dans certains cas (maladie, défaut d'emploi) il doit entretenir gratuitement ses cohéritiers sur le Hof pendant un temps déterminé (3). Ceux-ci ont à lui fournir le secours de leurs bras dans la mesure de leurs forces (4).

Cette coutume de transmission intégrale ne semble pas avoir eu de mauvais résultats pour les cohéritiers, leur situation, lorsqu'ils restent sur le bien, est bonne (5). Sur ceux qui cherchent une situation au dehors les rapports

pore au bien de telle sorte que les titulaires ultérieurs n'appartenant à la famille que par alliance ajoutent à leur nom celui du Hof. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 18.

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 23. Cet Altenteil consiste dans un droit d'entretien complet comprenant le paiement d'une certaine somme comme argent de poche. La valeur des diverses prestations est fixée en argent, ce qui permet aux parents de se retirer sans avoir à donner de motifs.

(2) Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 12 et 20.

(3) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 24.

(4) Tant que les cohéritiers sont entretenus sur le Hof, leurs soultes ne produisent pas intérêt.

(5) Il est à constater que le célibat est fréquent dans ces régions. On voit parfois 11 frères et sœurs non mariés exploitant ensemble le même bien. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 25. L'argument n'est guère favorable à ceux qui voient dans la transmission intégrale un moyen d'activer l'accroissement de la population,

de l'enquête donnent rarement des indications ; le notaire d'Uerdingen a prévu la question que l'on pouvait poser à cet égard et y a répondu (1), « les petites gens trouvent leur subsistance comme ouvriers de fabrique, journaliers, etc. ». Le cohéritier des meilleures familles d'agriculteurs épouse l'héritière d'un Hof ou étudie. « En un mot je n'ai pas pu au cours de ma pratique notariale rencontrer parmi ces cohéritiers moins favorisés à bien des égards un mécontentement particulier. »

Au Sud de la région que nous venons d'étudier se trouve une région de transition où les pratiques de transmission intégrale et de Realtheilung (2) s'entremêlent. Après, nous entrons dans la région où la Realtheilung est prépondérante. Cette région présente au point de vue économique et géographique la plus grande diversité ; ce qu'elle a de commun c'est la dispersion des propriétés (3). Ici c'est le régime successoral *ab intestat* du Code civil qui règne dans toute sa vigueur. Il n'y a pas de transmissions intégrales ; celles qui ont lieu se font à un prix élevé (4), on ignore la taxe modérée, anti-égalitaire.

Le partage est poussé très loin, il porte même sur les habitations (5). Ailleurs le règlement de la succession

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 25.

(2) Celle-ci parfois poussée très loin. Cf. rapport du Landrat de Solingen. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 39.

L'Amtsrichter de Rheydt constate que la Realtheilung n'a pas eu de fâcheux effets dans la région ; elle a rendu accessible la propriété aux populations ouvrières « qui habitent sur un sol qui leur appartient au lieu de vivre dans de grandes casernes ». Wygodzinski, p. 42. Cf. également, p. 53.

(3) Cf. sur la distinction à faire entre la division de la propriété, le fractionnement parcellaire et la dispersion des propriétés. De Foville, *Le morcellement*, Paris, 1885, p. 3.

(4) Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 44, 45.

(5) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 45 (rapport de l'Amtsrichter de Waldbröl).

s'opère par une vente aux enchères faite par le notaire au profit de tous. En raison de la dispersion des propriétés et de l'inégalité de leur valeur, il est en effet peu de partages en nature susceptibles de donner satisfaction aux divers intéressés. Ceux qui sont adonnés à l'agriculture retireront des enchères les immeubles qui leur conviendront le mieux (1).

Ces ventes aux enchères sont si fréquentes qu'elles ont donné lieu à une industrie spéciale, celle du « Protokollhandel », forme particulière du crédit rural immobilier. A la fin des enchères qui ont porté sur les diverses parcelles de l'exploitation, il est fait cession de la totalité des créances de prix de vente à un professionnel de ces genres d'acquisitions ; celui-ci paie comptant moyennant un escompte la somme de prix qu'il aura à recouvrer ultérieurement à ses risques et périls (2). Cette commodité amène la population à vendre ses biens en dehors de toute liquidation successorale (3).

Il est des faits bien caractéristiques de l'esprit égalitaire

(1) Cf. Gothein, *op. cit.*, p. 281.

(2) Gothein, *op. cit.*, p. 282 et seq. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 46.

(3) Les avis sont partagés sur la valeur économique et sociale du Protokollhandel. M. Wygodzinski y est défavorable (*loc. cit.*). M. Gothein au contraire ne le trouve pas mauvais. C'est une forme de crédit ; mieux vaut une forme de crédit défectueuse qu'aucune. Peut-être en abuse-t-on, mais c'est là le propre de tout crédit facile ; il a lieu dans des régions de culture intensive et des plus peuplées. Les colonnes d'annonces des journaux sont remplies de ces « Erbteilungsversteigerungen » (Ventes aux enchères pour liquidation de successions), par contre il y a peu de Zwangsversteigerungen (exécutions forcées).

Le « Protokollhändler » (celui qui s'occupe de Protokollhandel) est une sorte de banquier rural auquel ont recours les populations paysannes. Sa présence constitue un obstacle à la formation de coopératives de crédit ; mais le rabais consenti au Protokollhändler ne dépasse pas l'escompte ordinaire. L'intérêt du prix exigé des acheteurs est de 5 0/0, taux élevé dans les conjonctures actuelles mais que le paysan trouve normal en matière de vente.

des populations de ces régions ; il est rarement fait usage du testament et celui-ci n'a pour but que de procéder au partage des biens en vue d'éviter les difficultés qu'il pourrait soulever entre les cohéritiers. L'Amtsrichter de Montjoie écrit (1) que l'on ne craint pas de morceler les parcelles elles-mêmes ; les enfants avantagés par testament de leurs ascendants renoncent spontanément aux avantages qui leur sont faits (2). Les sentiments égalitaires sont parfois poussés jusqu'à l'injustice ; l'Amtsrichter d'Euskirchen note que l'on va jusqu'à chercher par disposition testamentaire à faire aux enfants du second lit (3) une situation semblable à celle des enfants du premier lorsque du jeu de la législation successorale la différence de fortunes des deux unions devrait amener une inégalité entre demi-frères ou sœurs ; ailleurs on ne tient pas compte des règles de la représentation successorale entre descendants de frères et sœurs, le partage de la masse s'opère par têtes (4).

Toutefois dans tout le « Regierungsbezirk » de Coblence la transmission de la maison a lieu au profit d'un seul des enfants (5) ; on ne proteste pas contre cette attribution regardée généralement comme un avantage, mais toute tentative d'inégalité dans la répartition des terres de l'exploitation serait mal accueillie (6). L'Uebernehmer de la maison est grevé d'obligations spéciales au profit des parents. Dans le Regierungsbezirk de Trèves au contraire

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 51.

(2) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 53.

(3) Parfois aux enfants naturels. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 63.

(4) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 63.

(5) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 57. L'Amtsrichter de Cochem voit là une sorte d'Anerbenrecht, *op. cit.*, p. 61. Cf. sur le *Gebäude-Anerbenrecht*, Buchenberger, *op. cit.*, p. 510.

(6) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 66.

réapparaît la tendance au morcellement des habitations elles-mêmes (1).

Bon nombre de rapports de l'enquête relèvent le rôle du Code Napoléon en matière de morcellement ; mais celui-ci n'a pas exercé une influence exclusive, il n'a fait que soutenir les idées de la race en grande partie hostile depuis des siècles à la transmission intégrale.

Les parties occidentales et orientales de la province de Hesse-Nassau présentent entre elles au point de vue successoral des différences analogues à celles que nous avons constatées entre le Nord et le Sud de la province Rhénane. La partie occidentale constitue le ressort de l'Oberlandesgericht de Francfort sur le Mein, la partie orientale, le ressort de l'Oberlandesgericht de Cassel. Le premier constitue une région de Realtheilung, le deuxième en grande partie une région de transmission intégrale (2).

Le morcellement domine dans la première presque exclusivement couverte de villages à banlieue morcelée, les Höfe isolés et arrondis sont très rares (3). La pratique de la Realtheilung sauf quelques exceptions y est passée dans le sang de la population ; le partage de l'exploitation s'opère en nature également entre tous les enfants, même à l'égard de ceux que l'on sait devoir être contraints de revendre ultérieurement leur part (4), en raison de leur éloignement.

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 70. Toutefois là aussi il y a quelques éléments de réaction contre le morcellement, entre autres la pratique de la communauté d'habitation et d'exploitation, après partage des terres. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 67.

L'Amtsrichter et le notaire de Saint-Goar (Wygodzinski, *op. cit.*, p. 59) écrivent : « l'on tient avec opiniâtreté à la dévolution successorale en vigueur ».

(2) Cf. la première carte dans l'enquête.

(3) Hirsch, *op. cit.*, p. 20. On voit parfois un hectare 1/4 de propriété divisé en 40 parcelles. Hirsch, *op. cit.*, p. 23.

(4) Hirsch, *op. cit.*, pp. 36 et 59. Il n'y a pas toutefois de Protokollhandel.

La dévolution des biens est rarement réglée par testament, les célibataires et les gens mariés sans enfants sont en général seuls à tester (1); les dispositions de dernière volonté n'ont jamais pour objet de transmettre le bien à un seul héritier suffisamment avantageé pour pouvoir continuer l'exploitation du bien dans de bonnes conditions.

Les contrats de cessions de biens sont plus fréquents, leur chiffre varie toutefois considérablement selon les *Amtsgerichte* (2). Ils n'ont pas pour but de rompre l'égalité entre héritiers présomptifs (3). Les diverses parcelles sont divisées en lots que les enfants tirent au sort; le plus souvent la maison est attribuée à un seul, celui qui y est déjà établi à la suite de son mariage et a fourni son concours à l'exploitation ou celui qui peut donner pour cette attribution la somme la plus élevée (4). Cette transmission de la maison a lieu au taux de la valeur vénale, il n'y a d'exceptions à cette règle qu'en raison des charges spéciales que l'*Uebernehmer* se voit fréquemment imposer, logement des parents et culture de certaines pièces de terre (5) dont ceux-ci se sont réservé la jouissance (6). Les co-parta-

(1) Dans les autres cas les testaments contiennent des exhéréditions *bona mente*.

(2) Hirsch, *op. cit.*, p. 41 et seq. Il faut signaler le concours des tribunaux paysans lors de la confection de ces *Vermaögensübergaben* (contrats de cession). Cf. Hirsch, *op. cit.*, p. 46.

(3) L'*Amtsgericht* d'Altenkirchen signale un trait du caractère soupçonneux des intéressés à cet égard : « les négociations traînent souvent des mois entiers entre frères et sœurs quand quelques-uns de ceux-ci croient que celui qui recueille la maison doit, au point de vue de la valeur, être plus favorisé qu'eux-mêmes ». Hirsch, *op. cit.*, p. 49.

(4) Hirsch, *op. cit.*, p. 50. Cf. pour l'ancien duché de Nassau l'ordonnance du 28 mars 1827 ayant pour but de prévenir le partage des bâtiments d'exploitation. Hirsch, *op. cit.*, p. 51.

(5) Rapport de l'*Amtsgericht* de Hadamar, Hirsch, *op. cit.*, p. 52.

La culture de ces terres incombait parfois à tous les enfants : les parents tiraient parti pour leur compte personnel des bénéfices de l'exploitation. Hirsch, *op. cit.*, p. 56.

(6) C'est là l'*Aushaltsrecht*. L'obligation de loger les parents s'appelle

geants de l'Uebernehmer ont parfois aussi des droits sur la maison ; ils peuvent y séjourner jusqu'à leur propre établissement et alors l'exploitation de tous les champs se fait en commun (1). A la mort des parents il est procédé au partage égal de ce qui reste à ceux ci, notamment du « Nothpfennig » (2).

Les coutumes successorales dans le ressort de l'Oberlandesgericht de Cassel présentent en général (3) un autre caractère. L'Anerbenrecht fonctionne dans la plus grande partie du ressort à l'aide de contrats de transmission entre vifs dont l'occasion est fournie par le mariage du successeur au Hof, à une époque où le titulaire (4) du bien est, trop souvent, encore en pleine vigueur (5). Le testament est rarement employé en vue de réaliser la transmission intégrale ; celle-ci est d'ailleurs à ce point passée dans les mœurs que le bien est attribué à un seul des héritiers, même à défaut de disposition de dernière volonté en ce sens de la part du *de cujus* (6).

Insitzrecht et comprend une série de droits réglés minutieusement par les contrats de cession (chambre dans la maison, droit de faire le café dans la cuisine, etc. Hirsch, *op. cit.*, p. 57). Les parents stipulent en outre une certaine somme que l'Uebernehmer doit mettre à leur disposition dès qu'ils la réclament (*Nothpfennig*).

Toutes ces réserves faites au profit des Altenteiler constituent, d'après les estimations de M. Hirsch pour les communes du haut Westerwald, en moyenne un tiers de la fortune transmise.

(1) L'Uebernehmer n'a pas dans ce cas à payer l'intérêt des soultes.

(2) Cf. *suprà*, p. 515, note 6.

(3) Il y a aussi des régions de Realteilung (Holzapfel, *op. cit.*, p. 41 et seq.) dont le caractère est le même que celui des régions de même nature déjà étudiées.

(4) Même pour la très petite propriété. Holzapfel, *op. cit.*, p. 41.

(5) Cf. Holzapfel, *op. cit.*, p. 21. Ces reproches sont fréquents dans les régions d'Anerbenrecht.

(6) Cependant la coutume est parfois mise dans ce cas très sérieusement en danger. « A cette occasion surgissent des vues nouvelles, hostiles à la coutume traditionnelle ; certains héritiers les ont acquises loin du foyer familial ou au village même où elles commencent à sourdre. » Holzapfel, *op. cit.*, p. 22.

Le bénéficiaire du contrat de transmission est en général l'aîné des fils ; mais ce n'est pas là une règle absolue ; ce qui décide c'est moins l'âge que l'habileté technique. Celle-ci n'est pas seule déterminante ; il est tenu compte des ressources dont l'Uebernehmer peut disposer pour l'acquittement des soultes et des dettes qui grèvent le Hof ; à ce point de vue un mariage riche constitue souvent un facteur décisif du choix de tel Uebernehmer (1).

Les charges de l'Uebernehmer comme équivalent de l'attribution qui lui est faite sont d'ordre divers ; elles comprennent : 1° l'obligation de payer un certain prix ; 2° des prestations en nature à fournir soit aux parents soit aux frères et sœurs. Le taux du prix varie avec l'importance des dettes grevant le Hof ; là où l'endettement est très considérable il n'y a pas lieu d'établir de prix, les dettes à acquitter par l'Uebernehmer en constituent l'équivalent. Dans tous les autres cas l'Uebernehmer n'a à payer que ce qui reste du prix, après déduction des dettes du Hof.

Ce prix doit être acquitté partie entre les mains des frères et sœurs, partie entre les mains des parents. La répartition s'effectue entre ceux-ci d'une façon fort inégale selon les régions. Parfois l'Uebernehmer retient une portion du prix comme constituant sa part personnelle, le plus souvent, celle-ci consiste dans le taux modéré d'estimation du bien qui lui a été attribué (2).

(1) Holzapfel, *op. cit.*, p. 25. Le mariage de l'Uebernehmer est aussi nécessaire à un point de vue plus idéal : la continuité de la famille. Dans bon nombre de localités il est stipulé que le Hof fera retour aux parents en cas de mort sans enfants de l'Uebernehmer et de sa femme.

Ce désir du maintien des biens dans la famille se manifeste encore à d'autres égards ; il ressort notamment de la stipulation d'un droit de préemption au profit des copartageants en cas de revente de la part de l'Uebernehmer (cf. les dispositions des lois de 1896 et de 1898 que nous avons citées, *suprà*, p. 498).

(2) Holzapfel, *op. cit.*, p. 27.

Le prix n'est pas en effet établi d'après la valeur vénale du bien mais à un taux inférieur, d'après la « valeur qu'il a entre frères (1) et sœurs » et cela en pleine connaissance de cause (2). De règle fixe pour sa détermination, il n'y en a pas, les parties se règlent sur les circonstances (3) en prenant pour guide le principe de ne point surcharger l'Uebernehmer (4). Il arrive même que des modifications favorables à celui-ci sont apportées au prix primitivement fixé lorsque les cohéritiers reconnaissent que la situation du titulaire du Hof est en danger.

Des prestations en nature s'ajoutent généralement au prix de la cession des biens. Ces prestations sont parfois trop élevées et d'autant plus lourdes qu'à celles à fournir aux ascendants qui renoncent à l'exploitation du bien s'ajoutent celles qui sont dues aux ascendants de la précédente génération (5). Heureusement ces prestations en nature ne sont pas exigées dans toute leur étendue ; elles ne le sont qu'en cas de mésintelligence entre les parents et l'Uebernehmer (6). Leur taux élevé agit comme une menace salubre sur l'esprit de ceux peu disposés à satisfaire à leurs obligations morales. Les parents d'ailleurs ne demeurent pas inactifs, ils contribuent dans la mesure de leurs forces à la mise en valeur du Hof. « Même sur les petits biens le propriétaire tire parti de la force productive de « l'Auszüger » (7), non seulement en

(1) « Geschwisterliche Taxe. »

(2) Holzapfel, *op. cit.*, p. 28.

(3) Importance et durée des prestations à fournir aux parents. Importance de la fortune existant en dehors du Hof. Nombre des frères et sœurs. Apport du conjoint de l'Uebernehmer.

(4) Holzapfel, *op. cit.*, p. 29.

(5) Holzapfel, *op. cit.*, p. 32. Cela peut se présenter surtout avec les retraites prématurées des ascendants qui sont fréquentes.

(6) On stipule fréquemment pour cette hypothèse le service d'une rente aux lieu et place d'une redevance en nature.

(7) L'Auszüger est le nom donné à l'ascendant bénéficiaire de « l'Auszug », c'est-à-dire de la charge d'entretien sur le Hof.

l'employant sur sa propre exploitation, mais il la loue même à des étrangers (1) (!). » Ça et là, mais de plus en plus en désuétude, on rencontre la réserve de la direction du Hof au profit de l'ascendant après la cession du bien (2). L'ascendant perçoit les bénéfices que produit le Hof, l'Uebernehmer a la condition d'un valet, il a droit à l'entretien et touche un modeste salaire. Dans certaines régions ce « Vorbehalt der Herrschaft » aboutit à une exploitation en commun de l'Uebernehmer et de ses ascendants.

Les soultes payées aux frères et sœurs de l'Uebernehmer soit directement par celui-ci, soit par les ascendants, n'atteignent souvent pas les légitimes (3) sans que les créanciers de soultes se sentent lésés. L'échéance de ces soultes est généralement fixée à un âge déterminé du bénéficiaire ou à tel événement de sa vie, établissement par mariage ou autrement. Ces soultes ne produisent intérêt qu'à l'époque de leur échéance, comme équivalent les frères et sœurs ont droit au logement et à l'entretien sur le Hof (4) jusqu'à une époque déterminée (5). Les frères ou sœurs infirmes ont le droit de rester sur le Hof, leur vie durant, il n'est pas stipulé de droit analogue en général pour les autres frères et sœurs en cas de maladie.

Enfin l'Uebernehmer doit à ses frères et sœurs une « Ausstattung » (dotation) lors de leur mariage ou de leur établissement ; l'importance de cette « Ausstattung » varie selon la condition des parties et les ressources de l'Ueber-

(1) Holzapfel, *op. cit.*, p. 33.

(2) « Vorbehalt der Herrschaft. »

(3) Holzapfel, *op. cit.*, p. 35.

(4) Holzapfel, *op. cit.*, p. 35.

(5) 14^e ou 15^e année. Toutefois les frères et sœurs célibataires demeurent sur le Hof ; en revanche à leur décès leurs soultes font retour au propriétaire du bien, leur vie durant, ils ont à concourir à l'exploitation du bien. Holzapfel, *op. cit.*, p. 37.

nehmen (1). Au total toutes ces charges imposées au bien sont peu lourdes et ne mettent pas en danger l'économie de son exploitation.

L'ancienne principauté de Hohenzollern, nous l'avons vu, présente cette particularité d'offrir sur la modeste étendue de son territoire le fonctionnement de la Realtheilung et de la transmission intégrale. Les résultats obtenus dans les enquêtes précédentes trouvent ici leur confirmation.

Dans la région de Realtheilung tous les enfants reçoivent leur part d'immeubles, les enfants expatriés en Amérique comme les autres (2) ; les bâtiments toutefois ne sont pas partagés en nature. L'attribution des biens aux enfants a lieu fréquemment par contrats de cession sous forme de dot lors du mariage, l'égalité des parts est très strictement observée (3). Les parents se réservent l'Altenheil en nature dont chaque enfant doit acquitter sa part ; actuellement les parents préfèrent conserver certaines pièces de terre que celui qui a recueilli la maison est tenu de cultiver (4).

Au Sud de la principauté, la transmission intégrale est en honneur (5). Elle se fait au profit de l'aîné des fils ou de l'aînée des filles (6) et s'opère sous la forme des contrats

(1) Cette Ausstattung portait anciennement le nom de « Brautwagen » et était parfois fort importante ; les rapports de l'Enquête font mention de quelques têtes de bétail, de meubles, de vêtements, etc.

(2) Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 32.

Il arrive cependant que les enfants qui ont émigré soient exclus de la succession lorsqu'ils ont réussi. Hirsch, *op. cit.*, pp. 33 et 34.

(3) Hirsch, *op. cit.*, pp. 34 et 35. L'amour de l'égalité est poussée jusqu'à stipuler des soultes de centimes. Hirsch, *op. cit.*, p. 36. Celui auquel la maison est attribuée ne la paie souvent qu'un prix modéré mais en compensation seulement d'autres charges qu'il assume (dettes). Hirsch, *op. cit.*, p. 36. Entretien des parents. Hirsch, *op. cit.*, p. 37.

(4) Hirsch, *op. cit.*, p. 38.

(5) Sur quelques exceptions. Cf. Hirsch, *op. cit.*, p. 38.

(6) Hirsch, *op. cit.*, p. 41.

de cession, ayant lieu presque toujours lors du mariage de l'Uebernehmer (1).

C'est le bien et ses dépendances qui constituent l'objet de la cession ; la fortune mobilière du cédant n'y figure pas (2). L'attribution du bien s'effectue à un taux modéré (3), en moyenne aux deux tiers de la valeur vénale (4) ; mais c'est une règle à laquelle la diversité des circonstances apporte parfois des démentis favorables ou défavorables à l'Uebernehmer (5). L'Uebernehmer prend en général la charge des dettes hypothécaires et chirographaires du cédant, le montant des unes et des autres est déduit du prix fixé ; ce qui reste, constitue la part des parents et des frères et sœurs (6). Si bizarre que cela puisse paraître, le prix convenu entre les parties est d'autant plus élevé qu'il y a plus de dettes à payer, cela s'explique par le désir des parents de ne pas réduire à néant les soultes des frères et sœurs de l' « Uebernehmer ». La situation de ce dernier devient alors particulièrement difficile, mais les paysans par faux amour-propre ne peuvent se résoudre à une vente aux enchères que des personnes compétentes leur conseillent (7). Le nombre des enfants joue aussi son rôle pour la fixation du prix, de même les ressources du conjoint de l'Uebernehmer et celles des parents.

Indépendamment de leur part du prix les ascendants ont droit à certaines prestations en nature et à l'habitation sur

(1) Le contrat pécuniaire de mariage et le contrat de cession sont renfermés dans le même document. Hirsch, *op. cit.*, p. 42.

(2) Hirsch, *op. cit.*, p. 43.

(3) « Kindlicher Anschlag » « kindlicher Preis ». Cf. *suprà*, p. 518, note 1, la « geschwisterliche Taxe ».

(4) Hirsch, *op. cit.*, pp. 44 et 45.

(5) Cf. *suprà*, p. 517.

(6) Fréquemment, d'après M. Hirsch, l'Uebernehmer a droit à une part du prix qu'il doit. Les rapports des Amtsgerichte sont moins affirmatifs sur ce point.

(7) Hirsch, *op. cit.*, p. 47.

le Hof (1). Ils ne se retirent pas en général trop tôt et ne renoncent pas après la cession de leurs biens à toute participation à la mise en valeur de ceux-ci (2). Les rapports entre les parents et l'Uebernehmer ne semblent pas mauvais en général ; l'Altenteil ne donne pas lieu à procès (3).

Les frères et sœurs ont droit à des soultes et peuvent rester sur le Hof jusqu'à leur établissement. Leur désir très réel de maintenir le bien (4) dans la famille ne va pas jusqu'à les amener à renoncer à leurs soultes ou seulement à consentir une réduction de celles-ci. Leur droit d'habitation, contrairement à ce qui se rencontre dans d'autres régions de transmission intégrale, n'entraîne pas pour eux l'obligation de travailler sur le Hof, et l'intérêt de leurs soultes ne cesse pas de courir. Ce droit d'habitation prend fin avec leur établissement par mariage ou autrement (5).

Ce qui est particulièrement remarquable, c'est l'absence de transmission intégrale en cas de décès des paysans sans enfants. Les testaments règlent alors l'attribution des biens aux collatéraux, ceux-ci sont pourvus selon leur degré de parenté (6).

La Bavière, sur laquelle nous avons une enquête récente, présente également au point de vue de la transmis-

(1) Les parents ont la qualité de « Pfründner » (Pfründe veut dire bénéfice, prébende). Chez les paysans riches du ressort de l'Amtsgericht de Wald la coutume de l'habitation sur le Hof a donné naissance aux « Speicher » ou « Pfründnereien », maisonnettes attenantes aux Hôfe et attribuées aux parents qui se sont retirés. Au décès de ceux-ci elles restent inoccupées jusqu'à ce que la génération suivante ait donné des Pfründner. Hirsch, *op. cit.*, p. 49.

(2) Les petits paysans travaillent parfois en qualité de journaliers sur le Hof qu'ils ont quitté. Hirsch, *op. cit.*, p. 50.

(3) Hirsch, *op. cit.*, p. 50.

(4) La « Heimat ». Hirsch, *op. cit.*, p. 51.

(5) Hirsch, *op. cit.*, p. 52. Les frères et sœurs n'ont pas en général droit à une « Ausstattung » lors de leur mariage.

(6) Hirsch, *op. cit.*, pp. 52 et 53.

sion successorale deux régions différentes, celle de l'Anerbenrecht (1) au Sud, celle de la Realtheilung au Nord, moins étendue que la première.

Au Sud, la transmission des biens a lieu entre vifs, généralement à un seul enfant. Les facteurs déterminant l'époque de cette transmission sont l'âge du cédant, plus fréquemment encore le mariage de l'Uebernehmer. Le contrat de cession est alors conclu en même temps que le contrat de mariage (2). La transmission testamentaire est des plus rares (3) ; elle ne répondrait pas aux besoins des populations ; le paysan ne veut pas garder son bien jusqu'à sa mort, souvent il ne le pourrait pas lorsqu'il est vieux ou infirme.

A défaut de contrat de cession le bien n'est pas morcelé ; il est attribué à un seul des héritiers à la suite d'une entente entre les copartageants.

Dans tous les cas il n'y a pas de règles fixes pour la désignation de celui qui recueille le bien, ce ne sont ni les principes du majorat, ni ceux du minorat que l'on adopte ; est choisi celui que l'on estime le plus capable de remplir les conditions imposées. La considération de la fortune acquise par un mariage riche ou la perspective d'un semblable mariage joue un grand rôle en cette matière. Le bien est fréquemment attribué à une fille mariée avantageusement qui peut par là même donner de larges indemnités à ses frères et ses sœurs et leur faciliter ainsi un heureux établissement (4).

(1) Ou plutôt Anerbensitte ; le mot Recht implique une législation dans le sens de l'attribution des biens à un seul qui n'existe pas plus en Bavière que dans les autres régions par nous étudiées jusqu'ici.

(2) Fick, *op. cit.*, p. 40. Cf. *suprà*, p. 516.

(3) Elle n'a lieu que lorsque les enfants sont mineurs pour éviter une intervention de la justice que l'on juge funeste. Le testateur affligé d'une affection grave dont il espère guérir fait aussi un testament, sa situation est-elle désespérée qu'il fait un « Uebernahmevertrag » à son lit de mort. Fick, *loc. cit.*

(4) Fick, *op. cit.*, p. 42.

Le prix est très variable, il diffère dans un même district avec les immeubles. On ne tient compte pour le déterminer, ni de la valeur vénale, ni du revenu capitalisé (1), mais presque partout apparaît l'intention d'avantager celui qui recueille le bien. Le plus souvent c'est le notaire qui fixe le prix et à cet effet entrent en considération les éléments suivants : montant des dettes qui passent avec le bien à l'Uebernehmer ; importance des prestations pécuniaires ou en nature à faire aux parents, taux des soultes à fournir aux frères et sœurs soit en nature (2), soit en argent. Celles-ci sont d'autant moins fortes que la famille est plus aisée, les parents dédommageant alors les frères et sœurs avec le surplus de leur fortune. La situation de l'« Uebernehmer » devient particulièrement pénible lorsque le bien est endetté car « presque jamais les frères et sœurs ne se résolvent à renoncer complètement à une soulte (3) ». Il en peut résulter pour l'« Uebernehmer » une condition plus fâcheuse que celle des autres.

L'importance des soultes est très variable, selon que la transmission du Hof a été opérée par les parents de leur vivant ou selon qu'elle a eu lieu après leur décès à la suite d'une entente entre cohéritiers. Au premier cas, comme les parents veulent se ménager l'Uebernehmer avec lequel ils vivent généralement en commun, la charge de celui-ci est évaluée avec modération (4), d'autant plus que les frères et sœurs ne sont pas là pour défendre leurs droits et

(1) C'est trop subtil pour le paysan, écrit M. Fick.

(2) Droit d'habitation sur le Hof jusqu'à l'établissement des frères ou sœurs (Abfindlinge) ; droit d'entretien sur le Hof en cas de maladie.

(3) Fick, *op. cit.*, p. 47.

(4) Fick, *op. cit.*, pp. 47 et 48 ; Brentano, *op. cit.*, p. 461. Cet article de M. Brentano, est la reproduction d'un discours prononcé par le savant professeur à la réunion de Vienne du *Verein für Sozialpolitik*, 1894. Ce discours se trouve également reproduit dans les *Schriften* du *Verein*, tome LXI, p. 279.

que les ascendants du conjoint (1) assistent au contrat pour défendre les droits de la famille qui se fonde. Au second cas, au contraire, toutes les considérations précédentes font défaut, le seul sacrifice consenti par les cohéritiers est une modération du taux de l'intérêt. La liquidation de la succession ne s'opère pas toujours sans difficultés (2).

Y a-t-il d'une façon ou de l'autre des avantages accordés à l'« Uebernehmer », qu'il n'est pas rare de voir stipuler des « Nachzahlungen », c'est-à-dire des suppléments de prix pour le cas où l'Uebernehmer décèderait sans enfants ou revendrait l'immeuble (3).

La présence de frères et sœurs mineurs rend la condition de l'« Uebernehmer » particulièrement délicate, car les tribunaux ne connaissent pas les taxes modérées qui n'ont aucun appui dans la loi.

L'enfant qui recueille le Hof a droit en général à une part d'enfant sur le prix ; à défaut de ce « Kindestheil (4) », la part de l'Uebernehmer se trouve comprise dans la différence existant entre le prix obtenu par l'addition de toutes les charges et la valeur réelle. Y a-t-il là un avantage véritable pour l'Uebernehmer, les autres enfants se trouvent-ils réduits dans leurs droits sur le patrimoine paternel ? Il n'est pas aisé de donner une réponse unique à cette question. Parfois, les frères et sœurs n'ont même pas leur légitime, parfois ils ont leur part successorale *ab intestat*

(1) Le contrat de cession a lieu en même temps que le contrat de mariage (*suprà*, p. 523, note 2).

(2) Pour décider l'« Uebernehmer » à consentir les sacrifices que l'on exige de lui, l'un des cohéritiers s'offre à reprendre le bien, ce qui influence la détermination de l'Uebernehmer.

(3) Fick, *op. cit.*, p. 48. Cf. sur ce point les dispositions des lois de 1896 et de 1898 dont il a été question *suprà*, p. 498.

Ces Nachzahlungen seraient stipulées plus fréquemment encore si l'on ne craignait de dévoiler ainsi le véritable prix du bien et d'éveiller ainsi l'attention du fisc.

(4) Part d'enfant.

intacte. L'Uebernehmer n'a comme avantage que « l'argent de poche » de ses parents, encore doit-il fréquemment le partager avec ses cohéritiers.

Beaucoup de rapports de l'enquête bavaroise estiment que l'intention des paysans est de favoriser « l'Uebernehmer » ; tel n'est pas l'avis du commentateur de l'enquête; M. Fick (1). Encore plus douteuse est selon lui l'explication de cette prétendue intention, à savoir le maintien du bien dans la famille. Lorsque les parents favorisent l'« Uebernehmer » ils le font avec le désir de se ménager avec lui une vie commune supportable sur le Hof, quant aux avantages consentis par les cohéritiers, ils ont pour but de faciliter la poursuite satisfaisante de l'exploitation du Hof en vue de permettre à l'Uebernehmer de faire honneur aux obligations par lui contractées envers ses frères et sœurs. La taxe modérée est un produit de l'égoïsme bien compris (2) des parents ou des enfants ; c'est le salaire de l'« Uebernehmer » pour la rente qu'il tire de la terre au profit de ses collatéraux (3).

Les rapports sont d'accord pour reconnaître la persistance de la coutume de la transmission intégrale.

Ces résultats généraux obtenus pour la région de la Bavière soumise au Landrecht et aux droits statutaires s'y

(1) *Op. cit.*, p. 51.

(2) « Wohlverstandener Egoismus ». Fick, *op. cit.*, p. 51.

(3) Quel que soit le but de l'avantage fait à « l'Uebernehmer », il est établi et permet de constater que la transmission intégrale fonctionne au Sud de la Bavière comme dans les autres régions d'Anerbensitte.

Moins favorable est, il est vrai, la remarque faite par M. Fick d'après bon nombre de rapports de l'enquête que le taux modéré du prix de cession est établi par crainte des droits fiscaux. Il se pourrait que par des pactes tenus secrets, on rétablît à l'insu des autorités, l'égalité apparemment rompue.

Que des cas de ce genre se présentent çà et là, c'est ce que l'on ne saurait mettre en doute, mais qu'ils soient fréquents au point de présenter une pratique courante, une coutume, c'est ce qui est moins admissible, à moins que le paysan bavarois ne soit un modèle de discrétion.

rattachant (1) se trouvent confirmés par l'examen détaillé des diverses régions (2). Ce qu'il y a de remarquable, c'est la fréquence dans les Alpes bavaoises des « *Kommunhausungen* (3) ». Elles se présentent dans diverses hypothèses ; entre l'un des parents et les enfants (4), entre les enfants mineurs, entre les enfants majeurs célibataires, entre enfants majeurs non mariés. Dans tous ces cas la « *Kommunhausung* » ne constitue qu'un état transitoire qui se termine par l'attribution du Hof à un seul. Celle-ci

(1) Le domaine d'application du Landrecht comprend soit comme droit immédiat soit comme droit subsidiaire tout Niederbayern, presque tout Oberbayern, Oberpfalz, une partie notable de Schwaben et quelques régions de Mittel et Ober-Franken. Au total en 1895 2.100.000 habitants étaient soumis à son empire. C'est le droit de beaucoup le plus important en vigueur en Bavière ; il en est ayant un champ d'application plus modeste tel le *Koburger Recht* (100 habitants vivent sous ce droit). Cf. Fick, *op. cit.*, p. 189.

Il ne serait pas difficile de trouver en Bavière une cinquantaine de législations. Cf. la table du *Bayrisches Civilrecht* de Roth.

(2) On rencontre toutefois la Naturaltheilung dans une partie de l'Amtsbezirk de Garmisch (entre autres à Oberammergau célèbre pour ses « *Passionsspiele* » décennaux). Parmi les diverses causes de cette apparition dans une région de transmission intégrale une doit être déterminante, la « *Hausindustrie* » (petite industrie à domicile dans les communes où fonctionne la coutume du partage). Cf. Fick, *op. cit.*, p. 55 ; Blondel, *op. cit.*, p. 214, note 2.

Il n'y a pas seulement de nombreuses parcelles, il y a aussi de nombreux propriétaires ; de sorte que la moyenne de l'étendue de la propriété est ici très basse ; elle ne dépasse pas cinq hectares, tandis que dans les communes voisines elle peut atteindre plus de 28 hectares. Cf. sur l'influence que la Hausindustrie peut exercer sur le morcellement de la propriété, Kautsky, *Agrarfrage*, p. 179 et Fick, *op. cit.*, pp. 56, 57. A Mittenwald (où l'industrie de la fabrication des violons a plusieurs siècles d'existence) on en arrive au partage des habitations. Cf. Fick, p. 88 sur la ville de Weiden dans le Haut-Palatinat.

(3) Vie en commun, communautés.

(4) Le survivant des parents échappe ainsi au paiement de la moitié de la valeur du bien revenant aux enfants pour la part de communauté de leur ascendant décédé. La communauté universelle est très en honneur en Bavière. Cf. Fick, *op. cit.*, pp. 38 et 39.

a lieu à un taux avantageux pour l'Uebernehmer, mais en vue de lui faciliter l'exécution de ses charges ; les avantages sont d'ailleurs en baisse (1). Le notaire de Haag (2) écrit : « La coutume de la transmission intégrale ne diminue pas mais bien la pratique de la transmission à un taux inférieur à la valeur vénale. »

La transmission intégrale se rencontre également dans une bonne partie de la plaine bavaroise, même dans des régions industrielles et à cultures spéciales, telles que celle du houblon, prêtant à la culture intensive (3).

Au Nord et au Nord-Ouest de la Bavière fonctionne principalement la Realtheilung (4). Le mode de procéder est en grande partie analogue à celui que nous avons rencontré dans toutes les régions de Realtheilung. Il est fait deux parts des éléments constitutifs d'une exploitation, l'une comprend la maison et dépendances, l'autre, les champs. La première est attribuée à l'un des enfants (5), sans que l'âge ni le sexe soit une cause déterminante de la désignation. Cette transmission a lieu d'après la valeur vénale des bâtiments là où l'« Uebernehmer » n'a pas à fournir des prestations en nature spéciales. Dans ce cas elles sont acquittées également par tous les enfants (6).

L'autre part comprend les terres réparties entre des lots égaux tirés au sort (7). « En beaucoup de lieux la « Natu-

(1) Fick, *op. cit.*, p. 61.

(2) Fick, *op. cit.*, cf. pp. 67, 81, 90, 128, 129, 133, 146, 151, 156, 167, 168 ; Brentano, *op. cit.*, p. 462.

(3) Fick, *op. cit.*, p. 173. Le houblon, le tabac constituent ce que l'on appelle en Allemagne les « Handelsgewächse ».

(4) Fick, *op. cit.*, pp. 187, 199 et seq., p. 203 et seq., p. 222.

(5) Fick, *op. cit.*, p. 222 et seq. Cf. également, p. 243. A Klingenburg la coutume est encore plus exigeante, il est procédé au partage de la maison et de la grange. Fick, *op. cit.*, p. 247.

(6) Fick, *op. cit.*, p. 223.

(7) Fick, *op. cit.*, p. 224.

raltheilung » est passée à ce point dans le sang et la chair de la population que même les cohéritiers qui se sont mariés dans d'autres localités, ont un commerce, ont étudié, sont entrés dans le clergé ou ont émigré en Amérique, reçoivent leur part héréditaire en immeubles (1). »

Ceux auxquels la maison n'a pas été attribuée vivent avec celui auquel elle l'a été, jusqu'à ce qu'eux-mêmes aient un foyer, sinon ils aliènent ou louent leur part et cherchent dans l'agriculture ou l'industrie une occupation. Quelquefois l'allotissement des enfants, au lieu de se présenter en une seule fois, s'effectue d'une façon successive lors du mariage de chacun d'eux, c'est alors le plus jeune qui par la force des choses reçoit la maison. Les parents se réservent un tiers de leur fortune, avec lequel ils réparent les inégalités que l'allotissement successif a pu causer. Jamais ils ne font emploi de ce tiers à leur disposition pour avantager un des leurs, mais seulement pour assurer l'avenir de petits-enfants dont les ascendants immédiats se sont montrés mauvais administrateurs (2). Dans ces régions les biens endettés se transmettent intégralement, leur situation s'oppose à la Naturaltheilung (3); de même les biens trop petits pour pouvoir être morcelés se transmettent dans leur intégrité (4).

Les plus intéressantes des régions de l'Allemagne en matière de transmission intégrale, celles que le mot d'Ankerbenrecht évoque tout naturellement à l'esprit, la Westphalie et le Hanovre ont particulièrement attiré l'attention

(1) Fick, *op. cit.*, pp. 224 et 225, 243. Il y a toutefois quelques localités où l'allotissement de ces héritiers a lieu en argent.

(2) Fick, *op. cit.*, p. 226 et 227.

(3) Fick, *op. cit.*, p. 228.

(4) La transmission intégrale fonctionne aussi parfois dans ces régions d'une façon coutumière, en dehors des cas que nous venons de citer, mais cette transmission a lieu sans rupture d'égalité. Fick, *op. cit.*, pp. 231, 233.

de ceux auxquels a été confiée la nouvelle enquête successorale. Les résultats donnés ne diffèrent pas dans leur ensemble de ceux déjà fournis par d'autres régions de transmission intégrale.

Dans le ressort de l'ancien archevêché de Münster, du comté de Steinfurt et des seigneuries d'Anhalt et de Gemen le droit successoral *ab intestat* est rarement appliqué (1) ; il ne répondrait pas en effet au besoin de transmission intégrale qui anime toutes les classes de la population (2). La transmission intégrale a lieu généralement par contrat d'après les règles de la primogéniture avec préférence des mâles à égalité de degré. Les testaments sont assez rares (3), car dans un testament il y a lieu de respecter la légitime qui, « sauf dans les cas exceptionnels où la loi du 4 juin 1856 ou celle du 30 avril 1882 sont appliquées, est souvent plus élevée que les soultes que les parents voudraient attribuer aux enfants ne restant pas sur le Hof (4) ».

Par le contrat de cession la totalité de la fortune mobilière et immobilière se trouve attribuée à l'Uebernehmer avec les dettes. Les parents se réservent souvent le droit d'administrer pour leur compte le bien qu'ils ont cédé ; à défaut, ils stipulent un entretien convenable sur le Hof (5). En vue de s'assurer un Anerbe respectueux le cédant fait

(1) Comte de Spee, p. 71.

(2) Grands, petits propriétaires, artisans eux-mêmes. « La plupart des artisans sont en même temps — naturellement à un moindre degré — propriétaires de champs et c'est précisément chez ces artisans que s'affirme le désir d'acquérir un foyer à eux, si possible, avec champs et de conserver la situation sociale acquise par là à la famille à la génération suivante » (Amtsgericht de Lüdinghausen). Comte de Spee, *op. cit.*, p. 75.

(3) On teste dans des situations analogues à celles que nous avons constatées en Bavière, *suprà*, p. 523, note 3.

(4) Amtsgericht de Bocholt. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 77.

(5) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 78.

figurer au contrat l'obligation de lui fournir à toute époque une rente suffisante pour lui permettre de vivre ailleurs que sur le Hof. La perspective d'avoir à exécuter cette clause du contrat décide de l'attitude de l'Anerbe.

L'Uebernehmer doit payer à ses cohéritiers des soultes dont l'exigibilité est fixée à des époques variées, généralement l'époque de l'établissement du créancier ; jusque-là les frères et sœurs de l'Anerbe ont droit à un entretien convenable sur le Hof en échange de leur collaboration aux travaux agricoles ; les enfants infirmes ont le droit d'y rester, les malades et ceux sans travail ont le droit d'y retourner. Cette faculté cesse dans les deux cas avec le paiement des soultes.

Celles-ci sont peu élevées quoique comparées à celles payées autrefois elles soient plus considérables. On cherche à maintenir la « Leistungsfähigkeit » (1) du Hof ; à cet effet les légitimes des frères et sœurs ne sont pas toujours respectées (2). La nécessité d'avantager l'Uebernehmer est tellement fondée dans la conscience juridique de la population que les enfants attaquent rarement les dispositions qui leur sont préjudiciables (3) et ils ne se montrent pas en général exigeants dans la réalisation de leurs droits (4).

(1) Productivité, force.

(2) Amtsgericht de Rheine-Landrat de Steinfurt. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 81.

(3) Amtsgericht de Lüdinghausen ; celui-ci ajoute il est vrai que la rareté des actions en nullité de la part des frères et sœurs de l'Anerbe « a aussi pour partie sa cause dans ce fait que régulièrement d'autres avantages ne pouvant pas s'apprécier en argent sont accordés en outre de la soulte ». L'esprit de famille aurait donc aussi ses limites en Westphalie comme ailleurs. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 83. Cf. toutefois Amtsgericht de Celde (Comte de Spee, *op. cit.*, p. 84).

(4) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 85. A l'est de la régence de Münster on a trouvé un procédé commode de liquider les soultes, celui de la compensation par voie d'échange d'enfants entre les Höfe ; le fils et la fille d'un Hof épousent la fille et le fils d'un Hof voisin. Cf. sur les « Doppelheiraten » de la région rhénane, Wygodzinski, *op. cit.*, p. 117.

Dans l'ancien comté de Tecklenburg la transmission intégrale s'opère d'après les règles du minorat, mais pour le surplus les règles sont les mêmes que dans la première région westphalienne étudiée (1) ; de même dans l'ancien comté de Lingén, l'ancienne principauté de Minden et l'ancien comté de Ravensberg (2). Ici également l'on constate l'augmentation du taux des soultes (3). De même dans le comté de Rietberg (4). Pour le surplus les règles de la transmission intégrale se retrouvent dans le reste de la province actuelle de Westphalie (ancienne principauté de Paderborn, abbaye de Corvey, seigneuries de Rheda et de Gütersloh). Ça et là se rencontrent des régions de Realtheilung, celles de l'ancien duché de Westphalie semblent renoncer (5) à leurs pratiques traditionnelles. Dans l'ancien comté de Recklinghausen la transmission intégrale fonctionne même chez les populations ouvrières de cette contrée industrielle (6), même constatation pour toute la région Sud-Ouest de la province (7).

(1) Cf. comte de Spee, *op. cit.*, pp. 87, 88, 89, 90.

(2) Comte de Spee, p. 91 et seq. Très caractéristique est un passage du Landgericht de Bielefeld. « Le Hof a été de tout temps à ce point envisagé comme la base de la famille, que celle-ci a emprunté son nom au bien ; en ce sens que l'époux venant d'un autre Hof abandonnait son propre nom de famille, adoptait le nom du Hof qu'il acquerrait par son mariage et que ses enfants étaient inscrits sur les registres de l'Eglise non pas avec l'ancien nom de famille du père mais avec le nom du Hof. » — Cf. comte de Spee, p. 95. Dans les Kreise de Bielefeld et de Lübbecke les Maljahre sont encore en honneur. Comte de Spee, *op. cit.*, p. 100.

(3) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 102.

(4) Où fonctionne le minorat. « Le plus jeune est considéré comme l'héritier qu'il faut » (der rechte Erbe). — Cf. comte de Spee, *op. cit.*, pp. 104, 105, 106 (sur le mécontentement qu'excite parmi les paysans une dérogation à la coutume).

(5) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 134.

(6) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 137.

(7) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 139 et seq. Le Kreis de Siegen pratique la Realtheilung.

Comme en Westphalie la dévolution du Hof s'opère en Hanovre à l'aide d'un contrat de cession (1), dont l'occasion est fréquemment fournie par le mariage de l'Uebernehmer. Les testaments sont rares. Comme en Westphalie la transmission intégrale a lieu à l'égard des plus petits biens (2). L'« Interimswirtschaft » se rencontre encore çà et là en Hanovre (3); mais là où elle s'est maintenue, elle a subi des modifications. L'« Interimswirt » n'acquiert plus de droit sur le Hof par le seul fait du mariage, mais en vertu d'un contrat spécial (4); ses droits sont à combiner avec ceux qui résultent de la tutelle et soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire supérieure (5). L'Interimswirt a des obligations; il doit incorporer au bien un capital personnel suffisant pour maintenir le Hof en état; il a aussi des droits, il peut prétendre à un Altenteil pour lui-même et à une soulte pour ses enfants (6).

L'avantage fait à « l'Uebernehmer » correspond en Hanovre aux idées des populations (7). A défaut de contrat de cession ou de testament, l'Anerbensitte avec avantage pour l'Anerbe fonctionne par la renonciation des frères et sœurs. Il arrive que les faveurs faites à l'Anerbe dépassent celles exigées par la loi (8). L'esprit de sacrifice des

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 50.

(2) Grossmann, *op. cit.*, pp. 52, 70, texte et note 6.

(3) Bon nombre de rapports ne la mentionnent plus; dans d'autres on relève expressément que la veuve a rarement le droit d'installer un second mari sur le Hof. Bien mieux son droit d'usufruit se trouve restreint en cas de remariage. Dans le ressort de l'Amtsgericht de Blumenthal (en aval de Brême) au contraire toute limitation semblable pour le cas d'un remariage se trouve parfois exclue d'une façon expresse (Grossmann, *op. cit.*, p. 56 et seq.).

(4) Amtsgericht de Syke (Grossmann, *op. cit.*, p. 57).

(5) Amtsgericht de Sulingen (Grossmann, *loc. cit.*).

(6) Landgerichte de Gifhorn et de Harburg. Grossmann, *loc. cit.*

(7) Cf. le rapport de l'Oberpräsident de la province dans Grossmann.

(8) Grossmann, *op. cit.*, p. 70.

cohéritiers dans l'intérêt du Hof peut même parfois aller si loin que ceux-ci consentent spontanément en présence d'un bien inscrit dans les Höferollen un préciput supérieur à celui résultant de l'Höfegesetz loi de 1874, parce qu'ils estiment ce dernier insuffisant (1). Toutefois ici comme ailleurs on constate que les soultes sont en général plus élevées lorsqu'elles ont été fixées à la suite d'entente entre les enfants après décès du chef de famille.

Que les vieilles coutumes jouent leur rôle, cela est d'évidence; on en ignore parfois l'abolition. « Maint propriétaire de Hof croit encore aujourd'hui qu'il ne lui est pas permis de partager son Hof par succession, maint créancier de soulte (Abfindling) ne sait pas encore que de droit commun il peut prétendre à la même soulte que le frère qui a repris le Hof (2). » Mais souvent aussi l'observation de règles abolies est parfaitement consciente (3).

On cherche à maintenir la « Prästationsfähigkeit (4) » du bien, toutefois les soultes sont plus fortes qu'autrefois (5). Ce n'est pas seulement en quelque sorte en vertu de la force acquise que l'avantage de l'Anerbe se maintient, c'est aussi par raison de sentiment, conservation du Hof dans les familles, autant que d'intérêt, prestation assurée de l'Altenteil. Pour le paysan hanovrien le Hof est moins un moyen qu'un but, il vit moins de lui qu'il

(1) Amtsgerichte de Bergen et de Hildesheim. Grossmann, *op. cit.*, p. 70. Dans le Marschland au Nord de la province les avantages faits à l'Anerbe sont peu considérables. Grossmann, *op. cit.*, p. 138.

(2) Grossmann, *op. cit.*, p. 71.

(3) On s'attache plutôt au principe de la transmission intégrale elle-même qu'aux détails de la structure qu'il avait reçue en Hanovre. La distinction du Meierrecht entre la fortune allodiale et le bien a disparu. Grossmann, *op. cit.*, p. 71.

(4) Cf. Leistungsfähigkeit, *suprà*, p. 531, note 1.

(5) Cela résulte d'abord de ce fait que le Hof entre actuellement en considération pour le calcul des soultes, autrefois la fortune allodiale seule avait à supporter la charge de celles-ci. Grossmann, *op. cit.*, pp. 28 et 72.

ne vit pour lui. « Il aime le Hof sur lequel ses ancêtres ont été établis, sur lequel il veut lui-même, lorsqu'il sera âgé, percevoir « son Altenteil » ; sur lequel sa famille doit trouver aussi à l'avenir un centre permanent d'existence. Il ne veut ruiner ni le Hof, ni l'Anerbe. Bien mieux, le Hof doit être maintenu à son rang. Aussi l'égalité de droits des enfants en matière de partages successoraux cède-t-elle, dès qu'il s'agit du Hof. Le maintien de la propriété foncière apparaît au paysan sous beaucoup de rapports, précisément comme un devoir, parce qu'il se sent moins propriétaire du Hof, que le représentant de celui-ci » (1).

L'administration du Hof est une fonction ; la personnalité du propriétaire s'efface parfois devant celle du fonctionnaire ; dans la régence d'Osnabrück règne encore la coutume du « Stättenamen » (nom du Hof). L'homme qui a épousé l'héritière d'un Hof (2), renonce à son nom pour prendre celui du Hof ; le Hof lui donne son nom, il ne lui donne pas le sien (3).

La transmission intégrale étant toute coutumière, il n'y a plus d'Anerbe nécessaire, toutefois l'Anerbe est encore désigné d'après les prescriptions de l'ancienne législation (4). Le minorat résiste avec une ténacité particulière dans l'ancienne principauté d'Osnabrück ; le paysan considère comme une injustice d'attribuer le Hof à un autre qu'au plus jeune. Les raisons ne manquent pas pour la justification de cette coutume. Le minorat donne lieu à un moins grand nombre de mutations que le majorat (5) ; le poids des Altenteile est moins lourd, il est de moins longue

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 72. Cf. rapport du Landrat de Soltenau. Grossmann, p. 73.

(2) « Anerbin. »

(3) Grossmann, *loc. cit.*

(4) Grossmann, *op. cit.*, p. 89.

(5) C'était un avantage particulièrement apprécié sous la féodalité, en vue d'éviter la surcharge des droits seigneuriaux.

durée (1). Il peut être mieux pourvu à l'établissement des frères et sœurs de l'Uebernehmer et le droit d'asile sur le Hof en cas de besoin reste plus longtemps et plus fermement assuré aux descendants dans la nécessité (2).

Les Altenteile dont nous venons de parler sont fréquents et donnent quelquefois lieu dans les pays où le minorat ne fonctionne pas à des abus ; les parents se retirent trop tôt. L'Uebernehmer a parfois deux générations d'ascendants à entretenir sur le Hof. L'autre inconvénient des Altenteile est parfois leur taux trop élevé eu égard aux forces du Hof quoique en Hanovre comme ailleurs les Altenteile ne soient pas exigés dans toute leur importance. Les Altenteile sont rarement l'occasion de procès chez les populations germaniques du Hanovre ; il en va autrement chez les Wendes, population slave, établie à l'Est de la province dans le Kreis de Lüchow où les mauvais traitements à l'égard des parents qui se sont retirés sont fréquents (3).

Les soultes que l'Anerbe doit payer viennent généralement à échéance lorsque le créancier a atteint un certain âge ou s'est établi ; jusqu'à cette époque l'Anerbe n'a pas à payer l'intérêt des soultes. Il doit en revanche entretenir les mineurs (4) sur le Hof et les frères et sœurs sans travail. Les infirmes ont droit de rester sur le bien. Dans tous les cas l'obligation d'entretien de l'Anerbe ne survit pas au paiement des soultes (5).

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 99.

(2) D'après le Landrat de Bleckede on rencontre dans ces dernières années des Altenteile majorées en vue d'augmenter les charges de l'Uebernehmer à l'égard du fisc et de diminuer ainsi sa cote d'impôt sur le revenu. Grossmann, *op. cit.*, p. 93.

(3) Grossmann, *loc. cit.*

(4) Cette minorité n'est pas la minorité légale, elle est beaucoup plus courte, elle ne dépasse pas l'époque de la confirmation dans les pays luthériens, dans les régions catholiques 14 ou 15 ans.

(5) Grossmann, *op. cit.*, p. 98 surtout, texte et note 5. Le droit de

Telles sont les coutumes de transmission successorale dans la plus grande partie du Hanovre, au Nord l' « Anerbensitte » est moins affirmée (1) toutefois qu'au centre de la province. On rencontre même çà est là des régions de Realtheilung (2). Au Sud, les anciennes principautés de Göttingue et de Grubenhagen pratiquent de longue date la Naturaltheilung (3). En dépit du zèle des autorités le système des Höferollen n'a trouvé aucun accès chez les populations. « Les tentatives faites en vue d'obtenir des demandes d'inscriptions et d'amener les habitants du ressort à une plus grande cohésion de leurs propriétés sont demeurées sans résultat. Ils se dérobent en donnant pour motif : nous aimons un enfant autant que l'autre (4). » Les terres sont tirées au sort et chaque enfant (5) reçoit une part égale ; la maison est rarement divisée, elle est attribuée à

revenir sur le Hof après avoir quitté (Zufluchtsrecht) a disparu dans bon nombre de régions « principalement là où la production capitaliste a complètement pénétré, par exemple dans les régions à betteraves sucrières ».

(1) L'avantage fait à l'Anerbe est généralement moindre qu'au centre de la province. Le domaine d'application de cette Anerbensitte modérée est de 203.696 hectares. Celui de l'Anerbensitte complète est de 3.385.356 hectares. La Realtheilung dont nous allons parler occupe 197.242 hectares. Grossmann, *op. cit.*, pp. 188 et 189.

(2) Par exemple le pays de Wursten. Mais le Realtheilung ici ne conduit pas au morcellement des exploitations, du moins en général. Il semble que ce résultat s'obtienne à l'aide d'une coutume blâmable, celle des mariages entre parents et les considérations de fortune y jouent un rôle prépondérant. On attribue à ces mariages la fréquence de la phtisie pulmonaire dans le pays de Wursten (Grossmann, *op. cit.*, p. 134, texte et note 4).

(3) Grossmann, *op. cit.*, p. 144 et seq. Toutefois la Naturaltheilung n'y est pas exclusive. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 149.

(4) Amtsgericht d'Ilfeld. Grossmann, *op. cit.*, p. 159.

(5) Même ceux qui en raison de leur éloignement ne pourront pas cultiver leurs lots. Ils revendent ceux-ci aux enchères où leurs cohéritiers peuvent les acquérir (Amtsgericht de Gieboldehausen, Grossmann, *op. cit.*, p. 161).

un seul des enfants soit par contrat de cession des parents, soit après entente entre héritiers lors du règlement de la succession (1). La somme payée par l'Uebernehmer n'est pas toujours égale à la valeur vénale (2) de la maison, mais est partagée également entre héritiers.

Les fascicules de l'enquête prussienne relatifs aux provinces de l'Est nous montrent également que la transmission intégrale y est en honneur. Dans la Prusse occidentale elle constitue la règle même dans les régions les plus favorisées (3) ; il y a des exceptions toutefois, notamment dans les régions habitées par des Slaves (4) et dans les régions fertiles (5).

La transmission intégrale s'opère ici comme dans d'autres régions d'Anerbensitte à l'aide de contrats de cession. Les « Altenteile » donnent lieu à des abus chez les populations slaves, les prestations élevées figurant au contrat étant en fait exigées. Les procès sur l'Altenteil sont nombreux. « Le Cassoube passe pour particulièrement procédurier. Cela s'accorde avec ce fait que dans le Kreis de Carthaus, d'après un renseignement du juge local, presque chaque contrat d'Altenteil a comme conséquence inévitable un procès (6). » A cela s'ajoute l'inconvénient des retrai-

(1) Grossmann, *loc. cit.*

(2) Cet avantage a comme compensation certaines charges imposées à l'Uebernehmer. Grossmann, *op. cit.*, p. 162.

(3) Busch, *op. cit.*, p. 39.

(4) Les Cassoubes partagent en nature des biens d'une étendue peu propice à une culture rationnelle (parfois plus de 1.000 journaux de terres mauvaises le plus souvent il est vrai). Les Polonais pratiquent aussi la Realtheilung. Busch, *op. cit.*, pp. 40-51.

(5) Dans les « Niederungen », par exemple. On se trouve ici en présence d'une Anerbensitte très affaiblie, sans préciput déguisé en faveur de l'Uebernehmer (celui qui a fait un mariage riche doit parfois payer le bien plus cher qu'un étranger. Busch, *op. cit.*, p. 52). Cette Anerbensitte des Niederungen pourrait être comparée à celle des Marschdistrikte du Hanovre.

(6) Busch, *op. cit.*, p. 60.

tes prématurées des parents principalement chez les Polonais ; la charge de l'Altenteil pèse longtemps sur le Hof, le titulaire cherche à en abrégier la durée et fréquemment aux dépens des jours des parents débiles (1).

La même constatation se fait ici qu'ailleurs ; les avantages consentis à l'Uebernehmer par les cohéritiers sont moindres que ceux consentis par les parents eux-mêmes. Toutefois on rencontre encore çà et là dans ce cas des exemples frappants d'un fort esprit de renonciation dans l'intérêt du Hof (2).

Les résultats de l'enquête sont sensiblement les mêmes dans la province de Posen que dans la province de Prusse occidentale. La prépondérance des Polonais dans l'une accuse toutefois certains traits dessinés seulement dans l'autre. Le régime des Altenteile fait plus fréquemment encore l'objet de plaintes analogues à celles enregistrées pour la province de Prusse occidentale (3). De même, les avan-

(1) Busch, *op. cit.*, p. 62.

(2) Un cohéritier se contente d'une somme de 2000 marks payée comptant ; l'Uebernehmer recueille un Hof d'une valeur de 36.000 marks. Il a de plus, il est vrai, un « Altenteil » d'une valeur annuelle de 900 marks à acquitter à sa mère. Cf. d'autres exemples dans Busch, *op. cit.*, p. 65.

(3) Grossmann, *op. cit.*, p. 24 et seq. Pour l'auteur toutefois les avantages de l'Altenteil en dépassent encore les inconvénients. « Il ne faut pas oublier, écrit-il, *op. cit.*, p. 28, que les autorités dans l'exercice de leurs fonctions de même que maint grand propriétaire foncier lors de l'achat d'exploitations grevées d'Altenteile, n'apprennent à connaître l'institution que sous son aspect nuisible. Notamment il n'est pas rare que les tribunaux soient importunés de procès relatifs à l'Altenteil, d'où résultent pour une futilité des frais importants et bon nombre de peines. Pour les autorités administratives les Altenteile viennent en considération lors des estimations fiscales à l'occasion desquelles les parties ont un intérêt essentiel à laisser paraître la charge de l'Altenteil comme très élevée. » Il ne faut donc pas supprimer l'Altenteil (*op. cit.*, p. 31), mais seulement ses inconvénients. On trouve çà et là dans les rapports de l'enquête quelques indications en ce sens. On a parlé d'une *Altenteilsgrenze* (limite de charge de l'Altenteil sur le Hof). Cf. sur d'autres propositions, Grossmann, *op. cit.*, p. 31, note 3.

tages faits à « l'Uebernehmer » sont moins importants en cas de transmission après accord entre les héritiers qu'en cas de transmission contractuelle réalisée du vivant des parents (1).

Les populations polonaises de la province de Posen pratiquent la « Realtheilung » (2) et les causes de cette coutume sont des plus diverses (3). On n'évite pas toujours le partage des habitations elles-mêmes (4).

La caractéristique de toutes ces coutumes de transmission intégrale, dont nous venons de constater l'existence sur les points les plus divers de l'Allemagne actuelle, c'est de ne trouver aucun appui dans les législations écrites applicables aux diverses régions. Ni le droit romain, ni le Landrecht prussien, ni le Landrecht bavarois ne sont favorables à la transmission intégrale, le Code civil avec ses articles 826, 832, sa forte réserve y est directement hostile. Cependant ces coutumes se sont maintenues là où elles répondaient aux vues des populations, à leurs besoins économiques.

Ce sont ces coutumes que les partisans de l'Anerbenrecht veulent traduire en lois, non pas qu'il soit question d'une contrainte quelconque, que l'on veuille organiser un Anerbenrecht forcé (un Zwangsanerbenrecht), on veut, comme on l'a fait en 1898 en Westphalie, créer une loi *ab intestat* correspondant à la coutume, la soutenant de son autorité et intervenant là, où le propriétaire surpris par la mort n'a pas pu faire soit un contrat de cession, soit un testament,

(1) Grossmann, *op. cit.*, p. 45.

(2) Grossmann, *op. cit.*, p. 49.

(3) Absence d'occupations autres que la culture de la terre dans une province peu favorisée au point de vue économique (peu de matières premières, pas de débouchés). Amour du Polonais pour la terre natale (*er-klebt an der Scholle*). Population sans grands besoins animée d'un esprit égalitaire.

(4) Grossmann, *op. cit.*, p. 54.

pour effectuer la dévolution des biens conformément à la volonté présumée du défunt. En présence d'une disposition formelle excluant la transmission intégrale, la loi sur l'Anerbenrecht cessera de s'appliquer. On veut rompre avec le système des Höferollen, ne plus l'admettre que dans les régions de Realtheilung, là où la coutume et la loi *ab intestat* sont en parfait accord. Le système des Höferollen y jouerait en quelque sorte le rôle d'éducateur prêt à seconder tous les bons mouvements dans le sens de l'Anerbenrecht, on espère par là atteindre une unité jugée désirable en faveur d'une transmission successorale dont on attend les plus heureux résultats.

Le nouveau Code est insuffisant. Sans doute, il contient certaines dispositions dont quelques partisans de l'Anerbenrecht ont déclaré se contenter (1), mais la satisfaction est loin d'être générale et on ne peut que donner raison aux partisans de l'Anerbenrecht qui réclament davantage. Il serait injuste de méconnaître le progrès apporté au point de vue de l'Anerbenrecht par le nouveau Code allemand dans les régions soumises jusqu'ici à l'empire du Code civil français.

D'après les articles 2303 et 2305 du B. G. B. la légitime de chaque héritier consiste en la moitié de la valeur de la part héréditaire *ab intestat*. Eu égard aux articles 913 et suivants de notre Code civil, il y a là une extension notable de la liberté de tester dont la transmission intégrale peut profiter. Ce n'est pas tout, cette légitime a une autre structure juridique que la réserve du Code civil ; c'est un droit de créance, « de cette manière, il devient notamment possible de conserver à leur destination des éléments de grande valeur figurant la succession comme des immeubles ruraux, des fabriques (2) ».

(1) Cf. l'art. « Anerbenrecht » de M. Hermès dans le supplément du *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, p. 29.

(2) Haidlen, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. IV,

La portée des articles 2049, 2312 est beaucoup plus générale. Aux termes de l'article 2049 : « Lorsque le défunt a ordonné qu'un des cohéritiers aurait le droit de recueillir un domaine rural, dépendant de la succession, il y a lieu de décider en cas de doute que ce domaine sera estimé pour sa valeur en revenu. La valeur en revenu se détermine d'après le revenu net que le domaine peut donner d'une façon constante avec une exploitation régulière d'après sa destination économique antérieure. » Les « Protokolle » de la 2^e commission donnent l'éclaircissement suivant : « La valeur vénale est soumise à de grandes variations, elle est également trop élevée par rapport aux revenus du bien. » C'est aussi la valeur en revenu qu'il faut prendre pour base d'estimation en vue du calcul de la légitime d'après le paragraphe 2312 du Code allemand « lorsque le défunt a ordonné ou que d'après l'article 2049, on doit admettre que l'un de plusieurs héritiers doit avoir le droit de prendre un domaine rural dépendant de la succession pour sa valeur en revenu et qu'il est fait usage de ce droit ». L'article poursuit : « Si le testateur a fixé un autre

p. 326. Cf. sur le droit français, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, VII, § 679. Toutefois la jurisprudence rhénane n'a pas la rigueur de la législation française. Un des orateurs à la conférence agraire de Berlin, M. Küster, partisan de l'Anerbenrecht, faisait remarquer que l'introduction de la transmission intégrale lui paraissait moins nécessaire dans la province rhénane à la suite d'une certaine évolution de jurisprudence qui serait des mieux accueillies ailleurs. « Je serais ici également de l'avis qu'un Anerbenrecht serait absolument nécessaire, si la jurisprudence qui existait il y a 20 ans était encore en vigueur. A cette époque la jurisprudence partait de ce principe, que chaque réservataire pouvait exiger sa réserve en nature et en objets successoraux ; tous les éléments mobiliers et immobiliers de la succession devaient autant que possible être partagés. Heureusement les tribunaux ont adopté une autre idée et ont posé le principe que les parents ont aussi le droit d'attribuer toute la fortune immobilière à un seul enfant et d'accorder leur réserve aux autres enfants par la remise d'autres objets successoraux ou en argent... » *Agrarkonferenz*, p. 214.

prix pour l'attribution du bien, il y a lieu de s'y conformer si ce prix atteint la valeur en revenu sans dépasser la valeur d'estimation. Le défunt ne laisse-t-il qu'un héritier, qu'il peut ordonner que le revenu ou une valeur déterminée conformément à l'alinéa 1^{er}, 2^e phrase, servira de base au calcul de la légitime. Ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que si l'héritier qui acquiert le domaine rural appartient aux légitimaires désignés dans le paragraphe 2303 (1). » L'article 137 de la loi d'introduction maintient les dispositions locales permettant l'estimation de la valeur d'un domaine rural d'après des règles propres avec la faculté d'en édicter d'autres à l'avenir.

En augmentant la liberté de disposition du propriétaire, ces règles sont de nature à faciliter dans une large mesure la transmission intégrale (2); mais pour les partisans de l'Anerbenrecht il est fait encore peu par là en faveur de la transmission intégrale; ce qu'il faudrait modifier ce serait le droit de succession *ab intestat* en matière de domaines ruraux. Le mode d'extinction régulier de l'indivision, extinction que chaque héritier peut réclamer à tout instant, est la Naturaltheilung, le cas échéant la vente aux enchères (3), sans parler du danger qui résulte de la présence de mineurs. Le Code n'a pas posé de règles spéciales d'estimation des domaines ruraux en matière de succession *ab intestat*; c'est la valeur vénale qui doit être prise en considération et elle seule (4).

(1) « Les prescriptions en question ont leur importance pour les conditions particulières de l'agriculture en ce qu'elles protègent l'Uebernehmer contre des charges excessives et favorisent par là notamment le maintien du bien dans la famille. » Haidlen, *op. cit.*, p. 326.

(2) M. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 149, y voit un moyen de fortifier les habitudes de transmission intégrale du Bas-Rhin, en ce sens que les dernières volontés des parents ne pourront plus être attaquées pour atteinte à la réserve comme elles le sont actuellement. M. Holzapfel, *op. cit.*, pp. 13 et 14, est moins optimiste.

(3) §§ 2042, 752 et 753 chn. du Code civil allemand.

(4) Cf. Busch, *op. cit.*, p. 92. « Ce serait déjà beaucoup de gagné, écrit

Aussi s'explique-t-on la constance avec laquelle on réclame plus que jamais (1) un Intestatanerbenrecht. Ce ne sont que discussions (2) passionnées mais toujours cour-

cet auteur, que de reconnaître au moyen de dispositions exécutives convenables la Taxeverordnung, encore juridiquement en vigueur, de 1844 pour la Prusse occidentale ».

(1) A une époque où l'attitude du législateur du Code civil pouvait encore être douteuse, la question de l'Intestatanerbenrecht était âprement discutée en prévision d'une introduction dans le Code civil, par ordre de date, tout d'abord à la Conférence agraire de Berlin, convoquée en 1894 sur l'initiative du ministre de l'agriculture, M. de Heyden, « en vue de voir discuter dans une conférence par des hommes de science et de pratique quelques questions de préférence dans le domaine du droit successoral et de l'organisation du crédit » (cf. la formule d'invitation, *Agrarkonferenz*, p. VIII). La conférence qui siégea du 28 mai au 2 juin 1894 consacra une séance spéciale (31 mai 1894) à la question de l'Anerbenrecht déjà traitée dans une discussion générale très approfondie. On y condamna le système des Höferollen, on réclama un Intestatanerbenrecht direct en critiquant ferme les juristes et le droit romain (cf. discours de M. Hermès, *Agrarkonferenz*, p. 219). M. Gierke (*op. cit.* p. 228) réclama le droit successoral germanique qu'est d'après lui l'Anerbenrecht. Finalement la conférence se sépara d'accord sur l'opportunité de l'Anerbenrecht (cf. constatation du président, *op. cit.*, p. 255) « là où aucun adversaire de l'Anerbenrecht n'avait été convoqué » (Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 1).

A la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik » (28 et 29 sept. 1894, *Schriften* du Verein, tome LXI), l'accord fut moins unanime ; l'Anerbenrecht rencontra d'ardents adversaires tels que MM. Brentano, qui expliqua les raisons de sa conversion à un régime successoral égalitaire même pour les successions paysannes, Bücher, qui protesta contre la création d'une « masse compacte de satisfaits » (kompakte Masse von gesättigten Existenzen) (les Anerben). Les Autrichiens présents à la conférence donnèrent des renseignements intéressants sur « l'Anerbenrecht autrichien », le peu d'enthousiasme des autorités provinciales à mettre en pratique la loi autrichienne de 1889 sur l'Intestatanerbenrecht direct. L'un d'eux, M. Verkauf, insista sur la relation qui existait en Carinthie entre l'Anerbenrecht et les naissances illégitimes à la suite des difficultés d'établissement pour les exclus de la succession paternelle. C'est un phénomène qui n'est pas isolé. Cf. nos observations, *infra*, p. 592 et seq.

(2) Au 23^e Juristentag (1895) fut agitée la question d'un règlement de l'Anerbenrecht par la législation des Etats de l'Empire. La 2^e commission de rédaction du Code civil s'était prononcée contre la réglementation de

toises sur les mérites comparatifs de la transmission intégrale de la Naturaltheilung et il faut convenir que celle-ci sans M. Brentano et ses élèves, sans M. Buchenberger qui est toutefois son avocat moins fervent, manquerait de défenseurs parmi les économistes. Les juristes sont moins unanimes dans le sens de l'Anerbenrecht, quant aux populations elles ne sont pas toujours favorables là même où il semblerait qu'elles dussent l'être. Les Amtsrichter et les notaires bavaïrois se constituaient les interprètes de la population lorsque, au cours de l'Enquête de 1894, dépassant la mission qui leur avait été confiée (1), ils répondaient spontanément qu'il ne fallait pas songer (2) à introduire un Anerbenrecht *ab intestat* en Bavière. Un rapporteur s'exprime de la manière suivante sur la valeur d'une intervention législative (3) : « En présence de la tendance à l'accroissement d'étendue des exploitations (4) il serait faux de réduire la légitime ou de la supprimer. On aurait ainsi l'approbation des propriétaires mais nullement celle des déshérités (5). Ce serait précisément bien plutôt la lé-

l'Anerbenrecht par le nouveau Code civil ; on cherchait désormais à obtenir indirectement ce que l'on n'avait pas pu obtenir directement, mais non sans dissimuler parfois un mouvement d'humeur. Cf. *Verhandlungen des 23 Juristentags*, 1895, tome II, p. 85. Le rapporteur du Congrès, M. le professeur Ennéccerus qui collabora largement à la confection de la Landgüterordnung de 1887 pour la régence de Cassel, quoique partisan de l'Intestatanerbenrecht direct, ne déplora pas l'échec que la transmission intégrale avait subi à la 2^e commission de rédaction du Code.

(1) Voir les questions qui leur avaient été posées dans Fick, *op. cit.*, introduction, p. 2 et *suprà*, p. 388, note 2.

(2) Il n'y a eu que deux exceptions ! Cf. Fick, *loc. cit.*

(3) Fick, *op. cit.*, p. 68.

(4) Il s'agit de la partie supérieure du plateau bavaïrois.

(5) Un bon Anerbenrecht ne peut fonctionner que du consentement de toutes les parties. Or la satisfaction des exclus est au moins aussi importante que celle des Anerben en matière de transmission intégrale. Le mécontentement des exclus finit après un laps de temps plus ou moins long par exercer son influence sur la loi, les exclus constituant d'ailleurs la majorité.

gitime qu'il faudrait augmenter, elle devrait dans tous les cas comprendre du moins la moitié de la part successorale. De tout ce qui précède je crois être en droit de conclure qu'il faut donner satisfaction à toutes les plaintes fondées ou non du Bauernstand à l'aide de tout autre moyen que l'Anerbenrecht. » Un autre (1) écrit (2) : « Un élixir de vie pour un solide Bauernstand ne consistera jamais dans un Anerbenrecht légal, quelle que soit sa structure juridique. » Ailleurs l'Anerbenrecht est qualifié d'institution « qui mettrait les paysans hors de leurs gonds » (3). Ailleurs encore (4) un rapport se prononce contre l'Anerbenrecht en rappelant l'échec de la loi de 1855 sur les Erb-güter en dépit de ses dispositions élastiques (5). Pour l'Allgäu on ne réclame aucune disposition législative dans le sens de la transmission intégrale (6). Le rapporteur de Füssen (7) répond négativement à la question qu'il soulève de l'opportunité du maintien à tout événement de la cohésion de la propriété paysanne, car la culture peu intensive est susceptible de grands progrès permettant de nourrir une population double. Aussi le rapporteur se prononce-t-il contre une loi ayant pour but de conserver les domaines dans leur intégrité ; une loi obligatoire aurait de mauvais effets, une loi facultative ne serait pas

(1) De la partie inférieure du plateau bavarois.

(2) Fick, *op. cit.*, p. 71.

(3) Fick, *op. cit.*, pp. 76, 78. Un rapport réclame des modifications législatives établissant la transmission intégrale à défaut d'entente entre cohéritiers et fixant la quotité de la part avantageuse à accorder à l'Uebernehmer.

(4) Partie orientale du Haut-Palatinat.

(5) L'argument n'est pas bon ; la loi sur les Erb-güter avait un défaut de structure ; elle abandonnait au libre arbitre des intéressés l'application des règles jugées nécessaires. L'Anerbenrecht que l'on introduirait en Bavière serait un Intestatanerbenrecht direct.

(6) Fick, *op. cit.*, p. 114.

(7) Fick, *op. cit.*, pp. 135 et 136.

observée et l'auteur rappelle à cet égard l'échec de la loi de 1855.

Dans les régions de Naturaltheilung les rapporteurs se prononcent en général pour le maintien de l'état de choses actuel ; l'un d'eux accueillerait avec plaisir l'Anerbenrecht pour sa région (1), mais d'autres (2) souhaitent la persistance des pratiques existantes. Un rapporteur (3) écrit : « la crainte théorique que j'avais apportée de l'université dans la vie pratique qu'il est impossible de prévoir où l'on aboutirait, si à chaque génération le père partageait son avoir entre ses enfants, me paraît injustifiée. »

Les rapports de l'enquête prussienne relatifs aux régions de transmission intégrale sont à la différence de ceux de l'enquête bavaroise favorables à une intervention législative dans le sens d'un Intestatanerbenrecht direct ; les fonctionnaires et juges des régions de Naturaltheilung ne sont pas hostiles à une réforme compatible avec les mœurs des populations au milieu desquelles ils vivent. Dans les régions de transmission intégrale on craint de voir la loi égalitaire l'emporter à la longue sur la coutume qui ne l'est pas (4), on note avec inquiétude l'accroissement des

(1) Fick, *op. cit.*, p. 233.

(2) Fick, *op. cit.*, pp. 234 et 235.

(3) Fick, *op. cit.*, p. 258.

(4) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 147 ; Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, pp. 77, 78, 79 ; Holzapfel, *op. cit.*, p. 75 ; Comte de Spee, *op. cit.*, p. 199 et sq. L'auteur indique le processus probable de cette disparition de la coutume même sous l'empire du nouveau Code civil. « Il serait faux de croire que la coutume peut se soutenir d'une façon durable sans l'approbation de la loi, et même en contradiction avec celle-ci, que notamment l'extension de la liberté de disposer du *de cuius* par le Code civil.... sera suffisante pour exclure en pratique l'application du régime des successions organisé par la loi. Déjà de longue date se fait sentir dans les régions où une sévère « Anerbensitte » domine, l'influence du régime successoral de droit commun en vigueur, en ce sens que les créanciers de soultes persistent à réclamer une part héréditaire correspondante au montant légal. » L'auteur fait allusion aux charges

exigences des cohéritiers (1) principalement lorsqu'il n'a pas été procédé à l'attribution du bien entre vifs et avec des soultes élevées une saine transmission intégrale est impossible. Dans les régions de Naturaltheilung on redoute une pulvérisation du sol, qu'un rapporteur (2) considère comme « la gangrène » de la petite propriété et avec elle la généralisation de ces « Zwergwirtschaften » (exploitations naines) peu favorables à la culture rationnelle, constituant par contre l'assise d'un prolétariat-rural peu désirable.

Les populations intéressées ne semblent pas éprouver en Prusse pour la réforme du droit successoral le même zèle que les autorités administratives et judiciaires. Si l'association westphalienne des paysans se déclarait en faveur de la loi d'Intestatanerbenrecht direct de 1898, certaines paroles prononcées par les membres du gouver-

excessives qui ont grevé les Höfe de ce fait. « Jusqu'à présent, ajoute-t-il, il n'y a eu là que des exceptions. Mais l'idée que c'est pour les cohéritiers un droit naturel; d'accord avec une règle reconnue par la loi, d'exiger le partage en nature ou le partage de la succession d'après la valeur vénale du Hof, doit gagner du terrain dans la mesure où avec la mobilité croissante de la vie moderne les membres de la famille partis ne comprennent plus la manière de voir de leur pays d'origine. » Et à cet égard l'auteur fait remarquer que l'on a maintes fois attiré son attention sur l'influence exercée par le service militaire. Cf. rapport de M. Hermès à la réunion de Vienne du *Verein für Socialpolitik, Schriften* du *Verein*, LXI, p. 68; Grossmann, *op. cit.*, p. 215 et seq.; Busch, *op. cit.*, pp. 41 et 42, 91.

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 14 et 22; Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 76; Comte de Spee, *op. cit.*, pp. 80, 86, 105, 200; Grossmann, *op. cit.*, pp. 70, 72, 210, 211, 214; Busch, *op. cit.*, p. 65.

(2) Landrat de Wittlich. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 69. Certains rapports des régions de Realtheilung sont particulièrement pressants. L'Amtsgericht de Langenselbold, dans l'une des rares régions de morcellement de la Hesse réclame même un Anerbenrecht obligatoire (Zwangsanerbenrecht); il ne croit pas à l'efficacité d'un Intestatanerbenrecht direct; Holzapfel, *op. cit.*, p. 82. L'Amtsgericht de Neukirchen a également émis des vues en ce sens.

nement précisément lors de la discussion de cette loi et semblant ouvrir à l'institution nouvelle d'autres perspectives soulevèrent des protestations de divers côtés dans toute l'étendue de la monarchie (1). Les députés westphaliens qui tenaient à leur loi firent valoir qu'elle avait un caractère exclusivement régional, que la minutie des détails dans lesquels elle entraît et dont certains lui faisaient même un reproche, était la garantie d'une application purement locale (2). Les protestations soulevées par la perspective de grandes réformes en matière de droit successoral paysan n'étaient que l'expression de tendances déjà diversement constatées par tous ceux qui s'étaient occupés de la question. « On craint, écrivait le Landrat de Mayen (3) en parlant des tentatives de réforme (4), un retour à l'état de choses qui existait dans les campagnes antérieurement à l'introduction du Code civil et à la domination française, la formation de Latifundia, la disparition de la propriété moyenne et la dégradation d'une grande partie de moyens propriétaires au rang de salariés. Cherche-t-on à démontrer aux gens qu'il s'agit tout simplement ici où la petite propriété foncière, qui ne vit que d'une façon misérable de son exploitation, domine par trop, de créer un noyau de propriétés moyennes, sur lesquelles les petits propriétaires trouveront accessoirement une occupation lucrative et par là l'occasion d'améliorer leur sort, cherche-t-on à leur faire comprendre que l'Anerbenrecht ne serait introduit que pour des biens d'un certain minimum de superficie ou d'un certain minimum de revenu net, tandis que pour les petites exploitations l'ancien mode

(1) Cf. *Stenogr. Bericht über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses*. V. Session, pp. 2530, 2540 et sq., 2549, 2560, 2594, 2600.

(2) Cf. par exemple discours du député Herold à la séance de la Chambre des députés du 11 mai 1898.

(3) Ressort de l'Oberlandesgericht de Cologne.

(4) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 143.

de dévolution successorale et la mobilité de la propriété subsisteraient, et par conséquent la possibilité pour chaque petit propriétaire de s'élever à l'avenir et d'agrandir son bien, que l'on ne rencontre aucun crédit. » Mais l'impopularité d'une réforme de la législation successorale ne repose pas ainsi que l'accorde M. Wygodzinski lui-même, simplement sur une méprise (1) ; la législation en vigueur a trouvé chez les Rhénans le meilleur accueil (2), la modifier serait impossible alors même que les inconvénients économiques n'en seraient pas méconnus.

C'est également en ce sens que se prononcent le président du Landgericht de Düsseldorf et le premier avocat général dans leur rapport rédigé en commun (3). « Le droit rhénan en usage depuis plus de 90 ans a su, en raison de sa langue juridique simple et claire, s'infiltrer dans la conscience populaire. Aussi jouit-il, en dépit de ses nombreux et grands défauts, d'une faveur indéniable. L'insuccès de quelques lois modernes n'a pas augmenté la confiance envers l'aptitude législative des temps présents. On redoute le saut dans l'inconnu. Aussi une loi en vigueur, passée dans les habitudes est-elle préférée, en dépit de ses vices, alors même que l'on offre quelque chose de mieux. L'introduction de l'excellente législation prussienne sur les livres fonciers si énergiquement combattue à son époque dans la région du droit rhénan en est une preuve éloquente. » Il n'y a pas lieu d'après le rapport d'attendre une action des masses en cette matière, parce que les conséquences fâcheuses de la législation dont il s'agit sautent moins aux yeux des « profanes » (4).

(1) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 144.

(2) Nous avons vu *suprà* les luttes que la noblesse de la région eut à soutenir pour se créer un droit successoral spécial.

(3) Wygodzinski, *op. cit.*, p. 148.

(4) « Den Laien weniger scharf in die Augen springen. »

L'attachement des populations aux pratiques de Realtheilung est moins une question de Code qu'une question de coutume ; la partie occidentale de la province de Hesse-Nassau ignore le Code civil et pratique aussi peu la transmission intégrale que la majorité de la province du Rhin. La Realtheilung est passée dans le sang des populations (1) ; toute tentative législative faite en vue de la modifier resterait vaine (2). « Bon nombre de rapports font remarquer que la population rurale résisterait violemment (3). » La deuxième Chambre badoise s'est montrée peu disposée à suivre la première Chambre dans la voie d'un Intestatanerbenrecht direct très général (4). Pour les Amtsgerichte de Haigerloch et d'Hechingen toute modification légale apportée au régime successoral dans les régions de Realtheilung de l'ancienne principauté de Hohenzollern entraînerait de graves dangers sociaux et soulèverait les vives protestations des habitants (5).

Les Polonais montrent aussi peu de goût pour l'Anerbenrecht et ils l'ont prouvé à l'occasion de la loi de juin 1896 sur les Rentengüter. Pour comprendre l'aspect sous lequel s'est manifestée leur répulsion, il convient de revenir quelque peu en arrière.

Lorsqu'en 1886 l'État prussien affectait à la germanisation de ses provinces de l'Est la somme considérable de 100 millions de marks et faisait voter la loi sur les Ansiedlungsgüter des provinces de Posen et de Prusse occidentale il avait compté sans la résistance des Polonais eux-mêmes, résistance toute pacifique d'ailleurs et se cantonnant exclusivement sur le terrain juridique. « La vio-

(1) Hirsch, *op. cit.*, p. 36.

(2) Hirsch, *op. cit.*, p. 112.

(3) Hirsch, *loc. cit.*

(4) Cf. *suprà*, p. 472.

(5) Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 83.

lence avec laquelle la période de gouvernement du prince de Bismarck s'opposa aux revendications polonaises, eut un résultat contraire à celui que l'on désirait ; elle réveilla le sentiment national de la population (1). » A l'Ansiedlungskommission, les Polonais résolurent d'opposer des sociétés privées faisant au point de vue polonais ce que l'Ansiedlungskommission faisait au point de vue allemand ; acheter les biens de grands propriétaires obérés en vue d'y installer de petits propriétaires (2). En dépit de tous les obstacles que les autorités prussiennes suscitérent aux « Genossenschaften » créées (3) celles-ci prospérèrent.

Après la chute du prince de Bismarck, le gouvernement prussien s'attacha plutôt au côté social de l'œuvre de colonisation, à savoir la substitution de petits propriétaires à de grands propriétaires obérés (4) sans y mêler une question de race. L'administration prussienne et les « Landkaufgenossenschaften » polonaises firent cause commune en matière de création de Rentengüter (5).

Depuis les « Landkaufgenossenschaften » ont renoncé à former des Rentengüter ; leur attitude s'explique partie pour des motifs politiques (6), partie pour des raisons économiques et sociales ; l'introduction d'un Intestatenerbenrecht direct

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 327.

(2) Cf. pour plus de détails la dissertation suivante : « *Die polnischen Landkaufgenossenschaften* » du Dr Edward von Trzcinski. Ce n'est qu'une partie de l'Inauguraldissertation du même auteur sur : « *Die Entwicklung des polnischen Genossenschaftswesens in Posen und Westpreussen* ». L'initiateur du mouvement est le Dr Theodor v. Kalkstein. Les débuts furent des plus modestes. Cf. Trzcinski, *op. cit.*, p. 7.

(3) Trzcinski, *op. cit.*, pp. 23, 26 (par exemple impossibilité d'assurer contre l'incendie le premier bien acheté). Brentano, *op. cit.*, p. 327.

(4) Les Polonais deviennent à cette époque un parti de gouvernement ; ils soutiennent les projets de loi présentés ; c'est avec leur concours que l'on vote en 1892 le traité de commerce roumano-allemand et le projet de loi militaire. Trzcinski, *op. cit.*, pp. 39 et 40.

(5) Lois de 1890 et de 1891.

(6) Trzcinski, *op. cit.*, p. 48 ; Brentano, *op. cit.*, p. 348.

qui a tous les caractères d'un « Zwangsanerbenrecht » (1) a détourné les « Landkaufgenossenschaften » de la création de biens à rente dont le régime successoral ne convient pas aux conceptions juridiques de leur clientèle polonaise (2). Les Landkaufgenossenschaften n'en continuent pas moins leur mission, mais ne créent plus de petits biens que moyennant un prix en capital.

Ce sont tous ces faits qui incitent les adversaires de l'Anerbenrecht à résister à une réglementation législative générale des coutumes de transmission intégrale et à cet égard il n'est point question de leur faire violence ; pour les régions de Naturaltheilung les partisans de la réforme ne proposent que le système des Höferollen ; et l'usage de ceux-ci est purement facultatif. Mais pour les régions elles-mêmes, qui offrent de solides coutumes de transmission intégrale les adversaires de l'Anerbenrecht se déclarent encore opposés à toute codification ; la loi de 1898 pour la Westphalie a soulevé les très vives attaques de M. Brentano.

Que le législateur de 1898 ait vu avec complaisance les coutumes westphaliennes, qu'il se soit montré indulgent à l'égard de certaines pratiques mal affirmées mais dont la codification ne pouvait que profiter au fonctionnement

(1) Cf. *suprà*, p. 500, note 4.

(2) Il y a souvent une véritable impossibilité matérielle et morale à la transmission intégrale. « Il arrive fréquemment que le père reste seul à exploiter le bien acquis tandis que ses fils vont dans les régions industrielles de l'Ouest, y font des économies qu'ils envoient dans leur pays pour l'acquittement du prix de la terre acquise. Ou encore, le père reste avec tous ses fils adultes sur le bien acquis, principalement lorsque celui-ci est déjà un peu plus grand, et tous le travaillent et le cultivent en commun. Par là tout débours pour l'aide et les services d'étrangers devient superflu, et corrélativement on peut employer d'autant plus d'argent à l'acquittement de la dette du prix. » Trzcinski, *op. cit.*, p. 49. Cf. Brentano, *loc. cit.* Avec l'Anerbenrecht rien de tout cela n'est possible ; les enfants ne se sentiront aucune disposition à constituer un bien dont l'un d'entre eux aura seul tout le profit. Trzcinski, *loc. cit.* ; Brentano, *loc. cit.*

de l'institution nouvelle, c'est ce qui est probable. Mais ce qui sépare partisans et adversaires de l'Anerbenrecht dans cette hypothèse c'est surtout une question de principe (1). Les adversaires de l'Anerbenrecht légal désirent abandonner la coutume de transmission intégrale à elle-même, la laisser vivre comme elle a vécu jusqu'ici en s'adaptant exactement aux besoins pratiques ; à vouloir la formuler en loi on risque d'en arrêter l'évolution (2) ; la coutume est mobile, la loi ne l'est pas. « Qu'est-ce donc que l'on donne ouvertement comme motif de la loi ? — écrit M. Brentano à propos de la loi de 1898 (3). — Que la coutume en présence de la modification des circonstances et des idées a commencé également à se modifier. On déplore que les contrats de cession et les liquidations entre héritiers manifestent une tendance évidente à une plus grande égalité des droits des cohéritiers entre eux. D'une part on dit toujours qu'il s'agit de transformer la loi dans le sens de la volonté véritable de la population, d'autre part on veut précisément empêcher, que la dévolution successorale se modifie, au cas où cette volonté viendrait à le faire ! En admettant, que toutes ces contradictions, offertes par la loi relativement à la coutume régnante, contradictions exposées précédemment, n'existent pas, en admettant que la loi en question soit en complet accord avec cette coutume, l'on veut donc, en la cristallisant en prescriptions juridiques, opposer une barrière à son évolution ultérieure. C'est le même but, fixer le passé pour le présent en vue de dominer l'avenir, qu'a poursuivi le comte de Peyronnet (4). »

(1) Cf. l'excellent résumé des débats du président de la réunion de Vienne du *Verein für Socialpolitik*, M. de Inama-Sternegg (*op. cit.*, p. 400); Cf. également Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 396.

(2) Inama-Sternegg, *op. cit.*, p. 401.

(3) Brentano, *loc. cit.*

(4) Avec la loi de 1826 sur le droit d'aînesse. L'analogie n'est pas abso-

Et il n'y a pas là une simple question de forme, il y a aussi une question de fond. M. Brentano se défend d'être un adversaire de la transmission intégrale sans rupture d'égalité (1), l'opposition pour lui n'est pas entre la transmission

lument exacte, le gouvernement de la Restauration n'invoquait pas en général de coutumes analogues à l'Anerbenrecht. MM. de Villèle et de Peyronnet voulaient améliorer les mœurs par les lois ; en Prusse il s'agit actuellement d'après les partisans de l'Anerbenrecht de les mettre d'accord. Cf. M. Brentano lui-même, *op. cit.*, p. 387.

(1) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 388. « Il n'y a personne en Allemagne, qui par principe soit pour la « Natural ou la Realtheilung » ; car il s'est rencontré que celle-ci, à côté de grands avantages, a également produit dans beaucoup de cas les plus graves inconvénients. Il n'y a personne qui ne soit pour la reprise du Hof par un seul dans tous les cas où le caractère technique de l'exploitation ferait considérer un partage comme économiquement nuisible. Personne n'est pour la « Realtheilung » lorsque quelqu'un laisse à ses enfants une fabrique ou un tableau de prix ; de même l'augmentation des transmissions intégrales, comme on nous la signale par exemple en Bavière, doit être saluée comme un progrès dans tous les cas où le Hof en vertu de la nature des circonstances économiques apparaît comme une unité technique. Mais ces cas sont d'ordinaire dans les discussions sur la matière considérés comme beaucoup plus fréquents qu'ils ne le sont en réalité, et cela mis à part personne ne considérera comme juste dans les cas précédents, que l'un des enfants recueille toute la fabrique ou le tableau de prix et que les autres enfants n'aient rien ou seulement un dédommagement disproportionné. » A ce dernier point de vue, M. Brentano a raison, on peut être partisan de la consécration législative des coutumes de transmission intégrale, sans admettre le règlement particulièrement sévère pour les cohéritiers adopté par les lois prussiennes sur l'Anerbenrecht. Cf. nos observations *infra*.

« Il y a encore d'autres moyens, poursuit M. Brentano, pour d'une part maintenir l'objet héréditaire dans son intégrité, d'autre part tenir compte des intérêts de tous ; indépendamment du cas où les cohéritiers demeurent en communauté (Hausgemeinschaft), il se peut que les héritiers ne succédant pas au bien reçoivent une indemnité pleine et entière de l'Uebernehmer, il se peut encore que l'objet héréditaire soit vendu et que tous les héritiers partagent également entre eux le produit de la vente. Ainsi donc, l'opposition entre le nouvel Anerbenrecht fixé par la loi et le droit successoral égalitaire n'est pas celle de la transmission intégrale et du partage en nature (Realtheilung) mais celle du sacrifice des cohéritiers en faveur d'un seul héritier et du partage égal de la valeur du patrimoine laissé. » Cf. également de M. Brentano, *Ueber Anerbenrecht*

intégrale et la Naturaltheilung (1) ; elle est entre l'égalité et l'inégalité des droits successoraux.

Mais la transmission intégrale sans rupture d'égalité n'est pas toujours possible (2) et se prononcer contre la transmission intégrale avec rupture d'égalité qui trouve son expression dans l'Anerbensitte ou l'Anerbenrecht, c'est se prononcer en pratique dans beaucoup de régions de l'Allemagne contre toute transmission intégrale, c'est vouloir réduire considérablement le domaine de celle-ci.

Il me paraît beaucoup plus logique et beaucoup plus rationnel de faire pour chaque région une loi d'accord avec les mœurs des populations, pourvu qu'elle soit très libérale, observe exactement les pratiques locales et ne cherche pas sous le couvert d'une loi de constatation à faire violence aux coutumes en les orientant dans un sens peu compatible avec leur évolution naturelle. Ce qu'il faut c'est que la loi *ab intestat* dans les régions d'Anerbenrecht soit véritablement le testament présumé du défunt, or peut-elle prétendre à ce titre là où elle opère un morcellement du Hof que le *de cujus* aurait évité si la mort ne l'avait pas surpris (3). Cette loi successorale *ab intestat* aura

und Grundeigenthum, p. 42. L'auteur y critique les dispositions du Code civil français.

(1) De bons esprits s'y étaient trompés.

(2) Par exemple au Nord du Hanovre la transmission intégrale a lieu à peu près sans rupture d'égalité. Cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 106. Cf. également le discours de l'Amtsgerichtsrath Stelling au Juristentag de 1895 (tome II des *Verhandlungen*, p. 88 et seq.). L'orateur s'appuyait sur les exemples fournis par le Nord du Hanovre pour réclamer un Anerbenrecht équitable avec évaluation du Hof d'après la valeur vénale et non d'après la valeur en revenu : « *Justitia est fundamentum regnorum* » (*op. cit.*, p. 92).

(3) C'est à ce reproche que MM. Brentano et Fick ne peuvent pas échapper en niant la nécessité d'un Anerbenrecht légal en Bavière (Cf. la réplique de M. Sering à la réunion du *Verein für Socialpolitik* (*op. cit.*, p. 380 et seq. ; Gierke, *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, 1895

sans doute fort peu l'occasion de s'appliquer. Il n'est pas probable (1), et il n'est pas à souhaiter (2), que le paysan

n° 222 et seq. ; Gothein, *Agrarpolitische Wanderungen im Rheinlande*, p. 300).

Il y a dans la plus grande partie de la Bavière tous les éléments d'un Anerbenrecht légal comme le dit M. Gothein (*op. cit.*, p. 300 note) approuvant l'interprétation contraire à celle de M. Brentano que M. Sering avait donnée de l'enquête bavaroise.

« Sa démonstration tend avant tout à montrer que Brentano a tiré des conséquences non justifiées de son enquête et qu'en vérité la situation en Bavière a partout préparé l'Anerbenrecht »... M. Gothein concède d'ailleurs que M. Brentano a parfaitement raison de croire à la persistance de la pratique des contrats de cession en Bavière. C'est également notre avis pour d'autres régions que la Bavière.

(1) Cf. les observations de M. Meitzen à la conférence agraire de Berlin. *Agrarkonferenz*, p. 239. Ce qui assurera toujours une grande vogue aux contrats de cession c'est l'Altenteil qui répond à un besoin des populations agricoles. L'Altenteil constitue un élément important de tout contrat de cession et pour le cédant l'élément principal, à tel point que ses exigences sont parfois dangereuses pour la prospérité du Hof. C'est une constatation souvent faite dans les dernières enquêtes. Cf. également l'exemple classique d'Altenteil élevé dans Miaskowski, *op. cit.*, t. II, p. 203, note 12.

En outre le contrat de cession a une flexibilité que la loi n'a pas, elle s'adapte mieux aux circonstances particulières de chaque cas.

La probabilité de la survie des contrats de cession à une loi sur l'Intestatanerbenrecht direct est invoquée par M. Brentano contre la réglementation législative de l'Anerbenrecht. Cf. *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 45.

L'Anerbenrecht légal ne serait jamais appliqué. C'est une raison de plus pour M. Gierke de donner satisfaction à « l'innocent dada » (unschuldiges Steckenpferd) des partisans de l'Anerbenrecht (Cf. Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 222).

(2) Les contrats de cession ont leurs adversaires qui souhaiteraient les voir disparaître devant l'Anerbenrecht légal, ce qui ne saurait tarder dit-on dès que la loi aura été mise d'accord avec les mœurs dans les régions de transmission intégrale. Ils ont aussi leurs défenseurs qui leur trouvent des qualités d'adaptation que la loi seule ne peut pas avoir. Au nombre des premiers il convient surtout de citer M. Miaskowski (*op. cit.*, II, p. 204). Pour cet auteur : 1° le « Gutsübertragungsvertrag » ne réalise qu'une transmission intégrale incomplète, car elle a lieu à un taux trop élevé (valeur vénale, p. 205); 2° il amène le paysan à se retirer trop tôt

renonce à la pratique de ses contrats de cession, que les diverses enquêtes nous ont signalées comme le véritable mode d'attribution des biens ruraux. La loi *ab intestat* dans le sens de l'Anerbenrecht interviendra là où le défunt n'aura pas eu le temps de le faire ; cette loi ne répond-elle pas à ses idées, veut-il soustraire la dévolution de son bien aux règles adoptées par la coutume ambiante et consacrées par la loi, qu'il sera libre de le faire et sous la forme d'une déclaration de volonté très simple. La loi ne fera donc violence qu'à la volonté de ses adversaires surpris par une mort prématurée, mais ceux-là n'ont-ils pas été négligents en ne détournant pas, lorsqu'ils le pouvaient, l'application d'une loi dont ils connaissaient les conséquences ? Fait-on au surplus les lois pour les minorités et les adversaires d'une loi taillée exactement sur le patron de coutumes en vigueur ne constituent-ils pas qu'une minorité ?

Mais il faut que la loi soit la très fidèle expression des

alors qu'il est en pleine vigueur, ce sont des forces perdues au point de vue économique ; 3° l'Uebernehmer se marie prématurément ; 4° Des charges excessives sont imposées par les parents comme équivalent de la cession du Hof (Altenteil) ; 5° Le « Gutsübertragungsvertrag » est souvent l'origine de dissensions intestines (quoique l'auteur concède que cette conséquence dépend du degré de culture des populations). M. Miaskowski conclut en disant « que les ombres de cette institution comparées à ses avantages l'emportent présentement de beaucoup » et il cite à cet égard une série de proverbes paysans qui prouvent que les cercles intéressés partagent cette opinion (*op. cit.*, p. 214).

Que les contrats de cession ne soient pas exempts de tout reproche cela est évident, encore qu'il y ait eu quelque exagération, surtout pour les populations allemandes ; pour les Polonais, les reproches conservent en partie leur valeur. Ils n'en subsistent pas moins avec leur grand avantage sur lequel leurs défenseurs, et dans leurs rangs un juriste de la valeur de Savigny, ont insisté, à savoir leur plasticité (Cf. *suprà*, p. 426 et seq.). Au surplus les inconvénients du contrat peuvent être atténués notamment en matière « d'Altenteil » (Cf. le fascicule de l'enquête prussienne consacré à la province de Posen et rédigé par M. Grossmann, p. 24 et seq., notamment p. 31, texte et note 3).

coutumes en vigueur, or à cet égard les dernières lois sur l'Anerbenrecht ne sont peut-être pas absolument satisfaisantes. On peut encore à la rigueur passer condamnation sur la loi de 1896, elle répondait à un besoin spécial et trouvait le champ libre de toutes coutumes. L'on comprend que le gouvernement prussien ait tout fait alors pour ne pas compromettre la grande œuvre de la colonisation intérieure qu'il avait entreprise. Peut-être toutefois est-il allé trop loin (1). Cette loi de 1896 favorise en effet l'Anerbe dans des conditions inconnues jusqu'alors ; elle lui accorde taxe modérée d'estimation et préciput. Les cohéritiers reçoivent leur portion héréditaire déjà considérablement réduite non pas en capital mais en rente (2). Ils peuvent, il est vrai, transformer cette rente en capital avec le concours de la Rentenbank, mais ce n'est pas sans perte (3). L'exemple du fonctionnement de la loi donné par le gouvernement dans l'exposé des motifs est à cet égard particulièrement intéressant (4). Le propriétaire d'un Anerbengut a 3 héritiers. Il laisse à son décès, indépendamment de son Anerbengut dont la valeur vénale est de 30.000 marks, une fortune de 1.500 marks, au total 31.500 marks dont il faut déduire 1.000 marks de dettes personnelles, soit 30.500 marks. Le revenu net du bien est de 1.000 marks par an, cette somme capitalisée à 4 0/0 ainsi que le veut la loi donne une valeur en revenu de 25.000 marks dont il faut déduire le taux en capital des charges permanentes et passagères grevant le bien, cette déduction faite reste une valeur de 21.970 marks. De cette somme il faut retrancher

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 332.

(2) Il est vrai que la loi cherche à obtenir le paiement des soultes en capital. Cf. § 29 de la loi. Dans ce but la Commission de la Chambre des seigneurs a fait introduire dans la loi une procédure d'entente (*Einigungs-verfahren*).

(3) § 22 de la loi.

(4) P. 56 de l'exposé des motifs. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 333.

les diverses dettes successorales (1) que le surplus de la fortune du propriétaire ne peut pas couvrir. Les dettes successorales s'élevant par hypothèse à 16.000 marks et la fortune du titulaire du Hof indépendamment de celui-ci ne comprenant que 1.500 marks, ce sont 14.500 marks de dettes à déduire des 21.970 marks représentant la valeur de bien. Restent 7.470 marks dont l'Anerbe recueille $\frac{1}{3}$ comme préciput, soit 2.490 marks. Le surplus est à partager également entre les trois héritiers ; en conséquence l'Anerbe recueille 4.150 marks ($2.490 + 1.660$), ses deux cohéritiers recueillent chacun 1.660 marks, c'est-à-dire une rente annuelle de 66,40 marks (2). « De droit commun, écrit M. Brentano (3), resterait après déduction des dettes et des charges de la valeur vénale de 30.000 marks un capital de la valeur de 12.470 marks, à partager également entre les trois fils. Chacun d'eux eût donc recueilli $4.156 \frac{2}{3}$ marks. Maintenant A (l'Anerbè) recueille l'élément d'une occupation indépendante et sûre, d'une valeur de 5.000 marks (4), plus un préciput d'une valeur de 2.490 marks et une part héréditaire de 1.660 marks au total 9.150 marks ; B et C (cohéritiers de l'Anerbe) recueillent une rente qui doit leur être acquittée à la fin de chaque trimestre jusqu'à concurrence de 16,40 marks. »

Tous ces sacrifices sont, il est vrai, consentis en vue de maintenir le bien dans la famille. Mais on emploie le mot famille là où il aurait fallu employer le mot Anerbe. L'« Asylrecht » qui est un des beaux côtés de l'Anerbenrecht et qui fortement organisé serait de nature à faire oublier bien des ombres de l'institution ne fonctionne d'après la loi qu'autant que le défunt l'a ordonné (5). La

(1) Cf. pour le détail p. 57 de l'exposé des motifs.

(2) Exposé des motifs, p. 57.

(3) *Op. cit.*, p. 334.

(4) Soit la différence entre la valeur vénale et la valeur en revenu.

(5) § 32. Et encore la loi contient-elle bien des restrictions.

loi a voulu éviter les spéculations de l'Anerbe sur le bien qui lui a été attribué à un taux modéré et à cet égard elle l'a soumis, en cas de revente dans un certain délai, à l'obligation du rapport de son préciput (1) ; elle a accordé à ses cohéritiers dans la même hypothèse un « Verkaufsrecht » (droit de préemption) (2). La première disposition n'arrêtera que fort peu l'Anerbe en présence d'une belle opération à réaliser, le rapport du préciput ne sera pour lui qu'une façon d'impôt bien modeste ; quant au droit de préemption, les ressources des cohéritiers, leurs rentes (?) leur permettront-elles jamais d'en faire usage (3).

La raison d'État (Staatsraison) peut encore justifier toutes ces rigueurs à l'égard des cohéritiers, il s'agit de maintenir ce qui a été péniblement créé ; peut-elle être encore invoquée pour les régions où le Bauernstand existe depuis de longs siècles et en admettant qu'elle puisse l'être (4) explique-t-elle une intervention aussi profonde en faveur de l'inégalité entre cohéritiers ? Car la loi ici également, du moins la dernière que nous ayons à cet égard et selon toute vraisemblance la première d'une nouvelle série, comble l'Anerbe. Il a droit à un préciput et à une taxe modérée en toutes circonstances sans que la loi ait tenu compte d'une foule d'éléments qui entraient en considération dans le calcul de l'avantage généralement plutôt indirect que direct fait à l'Anerbe (5). Qu'attendre d'autre part de toutes les innovations introduites dans la

(1) § 26.

(2) § 27.

(3) Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 335.

(4) C'est une question que nous examinerons *infra*.

(5) Brentano, *op. cit.*, p. 390. Endettement du bien, ressources que l'Uebernehmer devait à son mariage : « Des avantages aussi schématiques, écrit M. Brentano, doivent en fait avoir des conséquences tout à fait inégales. Ils répondent aussi peu que l'accroissement des faveurs faites à l'Anerbe, à la coutume et aux convictions juridiques des intéressés. »

loi que la coutume ignorait (1), la soulte sous forme de rente et le droit de préemption ? Le rapport n'était peut-être pas totalement inconnu, mais tel qu'il est organisé par la loi nouvelle, il constitue un palliatif absolument insuffisant, ce que l'Anerbe est tenu de rapporter c'est le préciput, il conserve l'avantage indirect caché sous la forme de l'estimation modérée (2). Quant au droit de préemption pour les motifs que nous avons indiqués, il n'offre qu'une garantie toute théorique de l'emploi du préciput dans un sens conforme à celui voulu par le législateur (3). Quant à l'Asylrecht il n'a plus l'ampleur qu'il avait dans la Landgüterordnung de 1882 (4), c'est là un nouvel avantage, non voulu peut-être, accordé à l'Anerbe.

Quelles seront les conséquences de ces lois notamment de la dernière ? M. Brentano en fait un tableau des plus noirs (5) ; c'est à tort je crois. Les pratiques de transmission intégrale ne se règlent-elles pas fort peu d'après la loi ? Celle-ci ne doit-elle pas être qu'un simple succédané ?

(1) Sauf ça et là la stipulation du rapport en cas d'aliénation de la part de l'Anerbe.

(2) Sur l'inégalité qui subsiste même après le rapport du Voraus, cf. l'exemple de M. Brentano (*op. cit.*, p. 391) emprunté à la discussion de la Chambre des députés.

(3) Cf. *suprà*, p. 562. D'ailleurs il n'arrêtera pas l'Anerbe qui veut spéculer. Il importe assez peu à celui-ci de recevoir le prix que vaut le bien des mains de ses cohéritiers ou d'un étranger. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 392.

(4) Le projet du gouvernement avait adopté les dispositions du paragraphe 19 de cette Landgüterordnung. La Commission de la Chambre des députés apporta quelques modifications à cette disposition dont le Plenum de la Chambre réduisit le bénéfice aux seuls mineurs. On voulait éviter les difficultés pratiques qu'aurait pu soulever l'application d'une règle plus générale. Quoi qu'il en soit les cohéritiers ont été dépouillés sans équivalent. Cf. Brentano, *op. cit.*, p. 393. *Bericht* de la 15^e Commission de la Chambre des députés, Nr. 56 des *Drucksachen*, pp. 54 et 55. *Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten*, 1898, pp. 2701 et 2702.

(5) *Op. cit.* p. 393.

M. Fick, disciple de M. Brentano, n'écrit-il pas quelque part (1) : « La loi n'a qu'une minime influence sur le fait du partage successoral des biens dans une contrée ou sur leur transmission intégrale » ? Et M. Brentano lui-même n'a-t-il pas insisté à plusieurs reprises sur ce fait que le paysan transmettait ses biens sans s'inquiéter du droit en vigueur (2) ?

Les partisans de l'Anerbenrecht en revanche attendent beaucoup de bien de ces lois ; s'exagérant leur influence sur une population habituée à régler ses affaires elle-même, ils espèrent voir la législation nouvelle se conquérir de plus en plus droit de cité dans les milieux paysans et d'après eux il importe à divers points de vue que ces lois qui ont accentué la coutume reçoivent de plus en plus application ; ils voient dans la transmission intégrale toutes sortes d'heureux effets qu'ils opposent volontiers aux conséquences fâcheuses que doit avoir d'après eux la Realtheilung. C'est la cause de toute cette agitation en faveur de l'Anerbenrecht, fortifier par la loi des coutumes jugées utiles à des points de vue divers, au point de vue économique, social, politique. Les partisans de la Realtheilung au contraire n'ont pas assez de critiques contre l'Anerbenrecht. Quelle est la valeur exacte des éloges des uns et des critiques des autres ? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

(1) Fick, *op. cit.*, p. 269.

(2) « Ueber Anerbenrecht und Grundeigentum », p. 43. *Gesammelte Aufsätze*, p. 456. Il y a peut-être une certaine contradiction de la part de M. Brentano à nier l'influence de la législation sur l'Anerbenrecht et à faire un tableau chargé des fâcheux effets d'une législation qui d'après lui ne s'appliquera pas.

CHAPITRE IV

DE L'ANERBENRECHT AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

Les partisans de l'Anerbenrecht ont un excellent argument *a priori*. Le seul fait du décès du propriétaire d'un bien rural ne doit pas, disent-ils, apporter de changements à l'organisation technique de l'exploitation ; des modifications économiques ne doivent avoir pour causes que des nécessités économiques (1). L'Anerbenrecht a pour but d'empêcher des modifications dans la répartition du sol qui, ne reposant pas sur des considérations d'opportunité technique, peuvent avoir de mauvais résultats au point de vue de l'intérêt général. « Les partages successoraux, a-t-on dit (2), sont faux en eux-mêmes et pour eux-mêmes parce qu'ils opèrent un partage qui ne repose pas sur des motifs économiques mais sur un accident (3). » Mais là où la nécessité du morcellement d'un bien se présente, il n'est porté avec l'Anerbenrecht aucune atteinte à la liberté d'y satisfaire. Ce qui distingue l'Anerbenrecht du droit successoral *ab intestat* ordinaire c'est de laisser plus de

(1) Cpr. Inama-Sternegg, Réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik, *op. cit.*, p. 401.

(2) V. Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 2. Aufl., Stuttgart, 1876, pp. 639 et 640.

(3) L'argument est dangereux, il peut être employé contre le droit de succession lui-même. C'est en visant ce résultat de l'égalité de droits entre héritiers et l'endettement qui résulte de la transmission intégrale que M. Kautsky écrit (*Die agrarfrage*, p. 199).

« Pulvérisation ou endettement croissant des domaines ruraux, telle est l'alternative devant laquelle le droit successoral bourgeois place les agriculteurs. » Cf. p. 207.

latitude au propriétaire relativement à son bien ; les modifications qu'il lui fait subir relativement à l'étendue, il les a voulues, elles ne lui ont pas été imposées par la force des circonstances.

La transmission intégrale seule est insuffisante, si les cohéritiers ont des droits égaux, le bien pourra être attribué à l'un d'entre eux, matériellement il n'y aura rien de changé à l'étendue de l'exploitation, économiquement celle-ci aura diminué de valeur par le poids des soultes qui la grèveront venant limiter le crédit de l'exploitant, l'empêchant d'entreprendre d'utiles œuvres d'amélioration. A la longue il ne pourra supporter le poids qui l'opprime, il devra passer la main à d'autres, ce qui au point de vue économique peut être fâcheux sans parler des inconvénients au point de vue social ; il est bon que les familles aient une certaine stabilité. Aussi la transmission intégrale n'est-elle pratiquement réalisable que là où les cohéritiers de l'Anerbe subissent une réduction de leurs droits. C'est un fait que nous pouvons constater à peu près dans toutes les régions où fonctionne la transmission intégrale.

Les partisans de l'Anerbenrecht ont cherché à donner une justification théorique de ce phénomène, notamment à l'appui des avantages (beaucoup plus considérables que les avantages coutumiers) qu'ils voulaient voir introduire dans les lois réglementant la transmission intégrale. L'estimation de la valeur de la terre doit avoir lieu d'après son *Ertragswerth* (sa valeur en revenu) non d'après son *Verkaufswerth* (sa valeur vénale). La terre, en effet, dit-on, n'est pas un capital (1), un capital c'est un produit

(1) Le constructeur de la théorie de l'*Ertragswerth* pour la terre est Rodbertus-Jagetzow qui, dans son important ouvrage « *Zur Erklärung und Abhilfe der heutigen Creditnoth des Grundbesitzes* » (2 vol.) paru pour la première fois en 1868-69 (2^e édition, Berlin, 1893), a développé des idées importantes sur l'endettement du sol. Il ne faisait qu'y reprendre

dont la valeur s'établit d'après le taux de ses frais de production. Or la terre n'est pas un produit ; c'est une source de revenus, un fonds de rente (*Rentenfonds*), cependant on lui attribue le caractère d'un capital par une capitalisation des revenus qu'elle donne au taux de l'intérêt courant, et c'est de ce capital dont on tient compte dans tous les actes juridiques ayant pour objet la terre. Mais par là la valeur en capital de la terre varie en raison inverse des fluctuations du taux de l'intérêt ; la valeur qu'elle a est donc une valeur fictive. Serait-elle réelle qu'elle devrait toujours correspondre à la valeur des produits qu'elle donne et augmenter ou diminuer selon les modifications de la valeur de ces produits. Ce n'est pas ce qui arrive. Avec un taux d'intérêt élevé la terre a une valeur en capital minime, avec un taux d'intérêt bas la terre a une valeur en capital considérable, les produits fussent-ils constants. Le sol devient ainsi un objet de spéculation ; selon les variations du taux de l'intérêt, les propriétaires fonciers font ou un gain immérité ou subissent des pertes dont leur conduite n'est pas la cause.

Une des conséquences de l'assimilation de la terre à un capital est l'imposition à celle-ci d'une forme d'endettement qui ne lui convient pas, l'endettement d'après le « *Capitalprincip* », c'est-à-dire sous l'aspect de la dette d'une somme d'argent dont on peut demander le remboursement total. Or comment la terre, fonds de rente, peut-

celles qu'il avait émises dès le début de son activité économique, dans un article destiné à l'*Augsburger Allgemeine Zeitung*, article refusé d'ailleurs (Cf. H. Dietzel, *Karl Rodbertus, Darstellung seines Lebens und seiner Lehre*, Iena, 1886, p. 1). Les idées de Rodbertus jouent un grand rôle dans la vie publique allemande ; les agrariens s'en inspirent fortement et le gouvernement les met en pratique (par exemple les *Rentengüter*). D'après M. Brentano (*Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 37) « l'esprit de Rodbertus planait sur la conférence agraire (de Berlin en 1894) comme celui d'un saint patron » (*Schutzpatron*).

elle assurer le paiement d'un capital ? La seule forme logique d'endettement du sol est l'endettement sous forme de rentes, calculées sur le taux de la valeur en revenu du bien. C'est une conséquence que les dernières lois sur l'Anerbenrecht ont tirée du principe de la terre « Rentenfonds » et cela seulement. Avant elles, on s'en était tenu à la simple évaluation des biens ruraux d'après leur valeur en revenu et le paiement en capital des soultes ainsi obtenues.

On donne à l'argument de la taxe modérée un autre tour reposant sur la même idée, celle du sol Rentenfonds, pour arriver au même résultat ; on dit (1) : il ne faut pas tenir compte pour l'appréciation du bien du parti qu'en pouvait tirer l'administrateur diligent qu'était le *de cujus* ; il ne faut s'inquiéter que de la valeur probable du bien dans toutes les circonstances, de sa valeur en revenu cadastral. C'est à cette valeur que les cohéritiers ont droit, mais à celle-là seulement. La valeur du bien établie d'après sa « Verkaufswerth » comprend une partie du salaire de l'exploitant et de son gain d'entrepreneur, éléments tenant à sa personnalité. En touchant une soulte calculée sur cette base, les cohéritiers perçoivent plus qu'il ne leur est dû ; ils prennent ce qui de droit revient à « l'Uebernehmer ». Ils ont conservé la liberté de leurs bras « tandis que l'Anerbe doit employer ses forces productives pour obtenir un revenu du bien avec lequel il puisse s'acquitter envers ses cohéritiers (2) ».

Répondons tout d'abord à ce dernier argument des partisans de l'Anerbenrecht (3). L'évaluation de l'immeuble

(1) Cf. Inama-Sternegg, *op. cit.*, p. 402.

(2) Inama-Sternegg, *loc. cit.* Cf. Fick, *op. cit.*, p. 300. Cet argument se rencontre à satiété dans tous les écrits consacrés à la défense de l'Anerbenrecht. Quoiqu'il soit toujours présenté avec le plus grand sérieux il ne manque pas d'une certaine ironie à l'égard des cohéritiers de l'Anerbe. Ils se trouvent limités dans leurs droits et traités d'oisifs rentiers !

(3) Cf. Fick, *loc. cit.*

d'après la « Verkaufswerth » a pour elle des raisons d'équité (1) en se plaçant au seul point de vue économique. En matière d'immeubles, si la valeur vénale de l'immeuble dépasse la valeur en revenus, cela vient de l'occasion de travail indépendant que le bien fournit au propriétaire ainsi que des avantages sociaux qui résultent de la possession de la terre. En acceptant la transmission intégrale, les enfants ne renoncent pas seulement à une quote-part du revenu du bien, mais aussi à tous ces avantages dont la Verkaufswerth est l'équivalent. Il semble d'autant plus juste de majorer en conséquence la soulte revenant à chacun d'eux, qu'ils ne peuvent acquérir une situation analogue à celle de l'Uebernehmer juridiquement leur égal qu'en achetant un bien au prix de sa valeur vénale et non au prix de sa valeur en revenu.

Quant à la première forme donnée à l'argument en faveur d'une taxe modérée, elle repose sur cette idée que la terre n'est pas un produit. La vérité est que le sol, ainsi que l'a fort bien répondu M. Brentano (2), a un double caractère, c'est d'abord le substratum de toute activité économique agricole et industrielle ; c'est ensuite l'agent spécial d'une branche de l'activité humaine, l'agriculture. Or à ce dernier point de vue les éléments dont il se compose ne sont pas tous pour une fois donnés mais sont à la disposition de l'homme qui peut lui faire subir d'importantes modifications (3). Les qualités du sol ne sont pas uniformes ; par les transformations que l'homme lui a fait subir les qualités primitives ont été modifiées, il a acquis ainsi une valeur propre. Sans doute qu'avec la rareté croissante du

(1) Cf. sur le gros argument tiré contre l'Anerbenrecht de l'égalité entre enfants, *infra*.

(2) *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 34.

(3) Cf. le célèbre discours de M. Berthelot prononcé le 5 avril 1894 au banquet de la Chambre syndicale des produits chimiques (*Temps* du 7 avril 1894).

support inextensible de ces qualités, le sol, en tant que substratum, prend une valeur non due à l'activité humaine, mais ce n'est pas là un phénomène qui lui est propre ; les bâtiments, par suite du développement de certaines villes, prennent une valeur qui dépasse de beaucoup leur coût de production.

Au surplus la valeur d'un capital ne s'établit pas toujours d'après ce coût de production ; elle s'établit parfois d'après son revenu capitalisé au taux de l'intérêt courant. C'est le cas « non seulement pour les immeubles agricoles, mais aussi pour les forces hydrauliques, les mines, les maisons, les fabriques et autres entreprises (1) », en général pour tous les capitaux fixes par opposition aux capitaux circulants (2).

C'est d'autre part commettre une hérésie que de dire que le sol par la capitalisation de son revenu au taux de l'intérêt courant reçoit une valeur fictive. La valeur est « un phénomène purement subjectif (3) » ; elle « est en nous, c'est-à-dire dans l'importance que nous attachons aux choses (4) ». Elle doit donc changer quand les qualités des choses restent les mêmes, l'importance que nous y attachons se modifie. Leurs frais de production et leurs revenus peuvent être constants et leur valeur varier. Avec la baisse du taux de l'intérêt, les immeubles qui n'ont pas cessé de donner les mêmes revenus acquièrent une plus grande importance qu'auparavant au point de vue du besoin de se créer une ressource, ils acquièrent une plus grande importance que d'autres biens productifs dont les revenus diminuent ainsi que le montre la baisse du taux de l'intérêt,

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 35.

(2) M. Brentano rappelle qu'une conséquence analogue se produit à l'égard des papiers d'Etat et des valeurs industrielles avec leur caractère non remboursable.

(3) Leroy-Beaulieu, *Traité*, III, p. 17.

(4) Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 19.

aussi leur valeur augmente-t-elle (1). « La capitalisation, à l'aide d'un taux d'intérêt réduit de revenus de la propriété foncière restés les mêmes, donne l'expression exacte de la signification véritable, qu'obtiennent ces immeubles eu égard à la production d'un revenu en présence de la baisse du taux de l'intérêt (2). » Avec la hausse du taux de l'intérêt au contraire, les revenus restant constants, les biens ruraux ont une moindre importance au point de vue de la création d'un revenu, en conséquence leur valeur diminue. « La capitalisation des revenus avec le taux d'intérêt courant ne crée donc pas une valeur fictive, mais constitue l'expression exacte de la véritable valeur en revenu à tout instant (3). »

Quant au premier argument invoqué par les partisans de l'Anerbenrecht, il a certainement sa valeur ; il est incontestable que la Naturaltheilung après décès a souvent des résultats fâcheux au point de vue technique, elle opère des morcellements d'exploitation que les conditions économiques ne réclament pas. Toutefois l'argument ne saurait être exagéré. La diminution d'étendue des biens qu'entraîne l'application du droit commun successoral répond à l'intensité croissante de l'agriculture (4) ; la quantité des produits croît avec le nombre des bras occupés à la mise en valeur du sol.

Que les biens soient parfois trop grands dans les régions d'Anerbenrecht, c'est ce qui résulte des diverses enquêtes récentes. C'est un fait connu que dans les Alpes bavaïses le propriétaire tend à l'extension de sa propriété et que cela ne répond nullement aux besoins économiques (5). Ailleurs dans les régions de transmission inté-

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 36.

(2) Brentano, *loc. cit.*

(3) Brentano, *op. cit.*, p. 37.

(4) Buchenberger, *Grundzüge*, p. 93.

(5) Fick, *op. cit.*, pp. 62 et 63. En revanche des partisans de l'Anerben-

grale on se trouve fréquemment encore obligé de partager un Hof trop considérable pour un seul Uebernehmer ; c'est

recht reprochent à la Realtheilung d'aboutir au morcellement des héritages qui çà et là a pris un caractère assez inquiétant, notamment au point de vue de la dispersion des parcelles, pour nécessiter parfois une intervention gouvernementale. Cf. par exemple pour la province rhénane loi du 24 mai 1885 sur le remembrement. Blondel, *op. cit.*, p. 19 et seq. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 99. Le morcellement n'a d'ailleurs d'inconvénients que dans les régions à culture de céréales et à pâturages ; de même dans les régions d'une certaine altitude (exemple l'Eifel et le Westerwald) ; dans les régions industrielles à culture spéciale, il n'a eu que des avantages. Cpr. Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 42, 102, 103, 114, 115. Pour le surplus les constatations de M. Wygodzinski sont assez pessimistes, par exemple p. 140. « La noble ambition de se trouver sur sa terre à lui coûte à l'ouvrier une bonne part de sa liberté ; il devient *glebæ adscriptus* quoique certainement en raison de la plus grande sécurité de son existence, il ait une meilleure situation que l'ouvrier sans foyer de la grande ville. » M. Gothein (*Agarpolitische Wanderung im Rheinland*, p. 291) estime au contraire que malgré tout, les exploitations se sont maintenues. « Si on compare, dit-il, la statistique de la répartition de la propriété telle que Hortstein l'a dressée en 1850 pour quelques *Bürgermeistereim*, avec la situation actuelle, on trouve étonnant qu'il y ait peu de changements. » La grande propriété a un peu augmenté, la moyenne s'est maintenue, la petite a crû par le morcellement, mais sans inconvénients en raison de la culture intensive. Ce qui a disparu, c'est la classe de propriétaires fonciers que Hortstein considérait déjà comme superflue, et qui se composait d'individus ni paysans ni journaliers. C'est que la mobilisation de la propriété dans les régions de Realtheilung trouve son remède en elle-même ; les exploitations détruites se refont d'après les besoins de l'agriculteur. Çà et là, on préconise un « Güterschluss » et l'on se flatte de pouvoir unir l'Anerbenrecht au remembrement dans les régions jusqu'ici rebelles à la transmission intégrale (Wygodzinski, *op. cit.*, p. 153). L'auteur ne croit pas à l'efficacité d'un minimum de parcelle proposé par le président de la Generalkommission à Düsseldorf, M. Küster. Cpr la dissertation du même en appendice à l'enquête pour le ressort de l'Oberlandesgericht de Cologne, p. 189 et seq.

La constatation de la possibilité de l'Anerbenrecht comme suite du remembrement a été faite à diverses reprises. Cf. à titre d'exemple. Holzapfel, *op. cit.*, p. 92 (localité de Schweinsberg). Cf. sur le travail de remembrement spontané constaté dans les régions de « Realtheilung » en raison de la mobilité du sol le rapport du Landrat de Saarburg dans Wygodzinski, *op. cit.*, p. 71. Cf. Hirsch, *op. cit.*, pp. 66 et 74.

Les régions de « Realtheilung » savent d'ailleurs renoncer à leurs cou-

une constatation que les divers rapports de la dernière enquête prussienne sont appelés à faire (1).

Le grand argument invoqué par les partisans de l'Anerbenrecht et devant lequel tout doit céder c'est que l'Anerbenrecht seul peut maintenir un solide « Bauernstand », une forte classe de moyens propriétaires fonciers (2). Aussi ne faut-il pas se laisser guider en la matière par de simples considérations économiques, il s'agit de bien autre chose, la question de l'Anerbenrecht est une question nationale. Une classe moyenne de paysans est en effet nécessaire à l'empire ; sans elle le peuple allemand ne pourra pas à la longue conserver la force nécessaire pour résister aux ennemis du dehors et du dedans. Selon M. Gierke, il faut se rappeler que la race qui a restitué le Rhin et permis la reconstitution de l'empire c'est le paysan (3). « Avons-nous donc déjà oublié l'histoire de notre grand interrègne de 1806 à 1870 ? Où s'étaient réfugiées les idées patriotiques durables qui restaient inébranlablement fidèles à leur propre nationalité, sans être éblouies par l'éclat de la culture romane, sans se courber sous l'infortune, sans se laisser séduire par un idéal cosmopolite ? »

Tout ceci n'a pas grande signification. Comme l'a fait ingénieusement remarquer M. Brentano, l'unité allemande a été faite par les régions de l'Allemagne, « où en dépit de tous les efforts des rois de Prusse, cette classe moyenne de paysans a été si bien anéantie, qu'actuellement on

tumes et passer à la transmission intégrale elle-même quand le besoin s'en fait sentir (exemple de certaines communes en Westphalie) dans comte de Spee, *op. cit.*, p. 134.

(1) Cf. entre autres, Hirsch, *Die hohenzollernschen Lande*, p. 38 et seq.

(2) L'argument se retrouve dans tous les écrits et discours consacrés à l'Anerbenrecht. Il a inspiré bon nombre d'orateurs à la conférence agraire de 1894. Cf. un bon résumé de ce point de vue dans Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, n° 224, année 1895 et la réponse de M. Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 46.

(3) Gierke, *loc. cit.*

cherche à la reconstituer d'une façon artificielle (1) ». M. Brentano n'accorde pas à ces « égarements du pathos » plus d'importance qu'il ne convient, il croit que M. Gierke a voulu simplement accentuer le rôle particulièrement bien-faisant de la propriété foncière au point de vue du maintien de l'Etat. Sans aucun doute les « Bauer » bavares feraient leur devoir si l'occasion s'en présentait. « Mais d'une part je ne pense pas qu'ils le fassent, parce que paysans, de même que je crois tout aussi peu que les mitrons de Munich se soient autant distingués à la bataille d'Ampfing, parce que boulangers (2)... »

C'est surtout dans un but économique et politique que les partisans de la transmission intégrale désirent un solide Bauernstand et recommandent à cet effet l'Anerbenrecht. Avec l'Anerbenrecht, sans doute, tout n'est pas fait, mais sans lui rien ne peut être fait de résistant (3), sans lui pas de classe moyenne paysanne (4), étape intermédiaire entre les grands propriétaires fonciers et les petits propriétaires ou journaliers ruraux.

Ce qui distingue le paysan du petit propriétaire c'est son capital d'exploitation (5), son train de culture comprenant un certain nombre d'attelages. Il trouve pour lui et les siens occupation suffisante sur le Gut (bien) et parfois il ne peut pas se passer du secours de bras étrangers. Les avan-

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 47. L'auteur fait allusion à la législation des Rentengüter. Il convient de rappeler que jusqu'en 1866 la Prusse ne comprenait qu'une seule région d'Anerbenrecht coutumier fortement constitué, à savoir la Westphalie, dont elle se trouvait séparée par le royaume de Hanovre. Toute l'argumentation de M. Gierke tendrait au fond à attribuer aux Westphaliens le mérite de l'unité allemande.

(2) Brentano, *loc. cit.*

(3) Gierke, *loc. cit.*

(4) Remplaçant dans une certaine mesure la classe moyenne urbaine que l'évolution économique moderne soumet à de terribles épreuves.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 79 et seq.

tages économiques de ce bien de paysan sont les suivants (1).

1° Il produit principalement et de préférence du blé et du fourrage. C'est là le propre de son exploitation, il joue le même rôle là que la sylviculture, l'élevage, la manutention de certains produits agricoles (2) sur les grands domaines, le même rôle que la culture maraîchère, la viticulture pour les très petits domaines.

2° L'accroissement de la population est moindre dans les régions de moyenne culture que dans les régions de petite culture (3), le paysan cherchant à maintenir le plus possible sa propriété indivisée. Un seul héritier recueille le bien mais ne se marie qu'après l'avoir recueilli ; les mariages sont tardifs, partant peu féconds ; les autres enfants restent célibataires ou vont à l'étranger ; quant aux domestiques ils ne sont pas mariés (4).

3° L'exploitation paysanne offre une bonne division du travail répondant aux aptitudes naturelles des sexes (5) et des âges. La domesticité traitée avec ménagement fournit un travail plus consciencieux et plus rémunérateur ; le paysan travaillant lui-même limite ses frais de production et là où il ne travaille pas il peut se livrer à une surveillance que l'étendue du bien ne rend pas inefficace.

4° Les produits des biens de paysans approvisionnent les

(1) Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 82 et seq.

(2) Sucreries, distilleries agricoles.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, p. 83.

(4) Les difficultés d'établissement dans les régions de l'Anerbenrecht paraissent avoir parfois une influence sur le grand nombre des naissances illégitimes.

(5) Cf. sur les exploitations paysannes, l'éloge de M. Sering à la réunion de Vienne (*Schriften du Verein für Socialpolitik*, t. LXI, p. 388). Pour M. Sering l'élevage est en Allemagne entre les mains du Bauer et les résultats obtenus sont des plus satisfaisants. L'orateur disait avec plus de conviction que d'élégance : « Die Bäuerin behandelt ihr Kalb wie ihr eigenes Kind ».

marchés nationaux et les bénéfices que les propriétaires en retirent font retour à l'industrie du pays dont le Bauer est le client fidèle (1).

Ce Bauernstand dont nous venons de décrire les avantages économiques d'après les partisans de l'Anerbenrecht a également d'après eux des avantages au point de vue politique et social. Il résiste mieux aux grandes secousses politiques ou économiques. Menant une vie suffisamment large en temps ordinaire il lui est possible de se restreindre en temps de crise, il vit de plus, de produits qu'il crée lui-même et souffre moins que d'autres des conditions du marché où il n'a à placer qu'une partie des résultats de son activité. Mais « la valeur sociale spécifique (2) » du paysan réside dans ce fait qu'il représente une classe moyenne qui tend de plus en plus à disparaître des villes et des classes adonnées aux occupations industrielles. Il constitue par là un lien entre les deux extrêmes de la grande et de la petite propriété, c'est un anneau d'une chaîne et un anneau indispensable. Il importe aux autres autant qu'à lui-même ; sa présence en atténuant les contrastes constitue la sécurité du grand propriétaire et ouvre aux journaliers (3) la perspective d'une ascension sociale de nature à les détourner d'obéir aux séductions de certaines doctrines modernes. Le Bauer, disent les partisans de l'Anerbenrecht, c'est la digue contre le socialisme (4), de là tout l'intérêt qu'on lui porte (5).

(1) Miaskowski, *op. cit.*, p. 86.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, p. 92.

(3) Appelés Heuerleute Heuerlinge dans certaines régions de l'Allemagne. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 95.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, p. 98. Cf. l'opinion de M. Liebknecht rapportée *hoc loco*. Aussi les socialistes ne sont-ils guère favorables au Bauer et aux institutions susceptibles de le maintenir, à l'Anerbenrecht en particulier (Cf. Kautsky, *Agrarfrage*, p. 200 et seq. ; ce dernier auteur constate avec plaisir qu'avec l'évolution économique de l'Empire les populations rurales ont perdu l'importance qu'elles avaient à l'époque où l'Allemagne était un État exclusivement agricole. Cf. p. 310).

(5) On convient d'ailleurs que le paysan a ses défauts. Il est routinier

A l'exposé des avantages du maintien d'une classe moyenne paysanne, les adversaires de l'Anerbenrecht répondent par le tableau des inconvénients de la transmission intégrale (1), à des points de vue divers.

Si modestes et si réduites que soient parfois les soultes dont l'Anerbe est débiteur elles sont encore trop élevées, les régions de transmission intégrale présentent un endettement considérable provenant de soultes de succession (2). Les lois nouvelles sur l'Anerbenrecht sont la constatation évidente de ce phénomène, elles veulent remédier à l'endettement du sol et dans ce but avantagent l'Uebernehmer directement par un préciput apparent et indirectement par une estimation modérée et des soultes sous forme de rente. L'argument tiré de ces lois se trouve confirmé par celui fourni par les diverses enquêtes récentes relatives soit à la transmission successorale soit à l'endettement de la terre proprement dit (3). Sans doute les régions de Real-

(Miaskowski, *op. cit.*, p. 104) ; il faudrait lui donner plus de liberté d'esprit sans lui enlever toutefois ses qualités. Le Bauernstand se suffit pas dans un État ; un État composé exclusivement de paysans serait peu progressif (Miaskowski, *op. cit.*, p. 105) ; les paysans n'ont pas toujours le souci des grands intérêts généraux.

(1) Sans parler de ceux qui, voyant l'avenir de l'Allemagne dans un développement industriel et commercial, attachent à la question d'une classe moyenne rurale beaucoup moins d'importance. Cf. Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 48.

(2) Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 389.

(3) Cf. le mémoire suivant du ministre des finances badois M. Buchenberger. *Die Belastung der landwirtschaftltreibenden Bevölkerung durch die Einkommensteuer und die Verschuldung der Landwirtschaft im Grossherzogtum Baden*, Karlsruhe, 1896 ; cf. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 490. Sur l'enquête agricole badoise de 1883, cf. Stengele, *Die Bedeutung des Anerbenrechts für Süddeutschland*. Au surplus M. Buchenberger n'attribue pas exclusivement à la transmission intégrale la cause de l'endettement plus fort des régions badoises d'Anerbenrecht. Il tient compte des rigueurs climatiques de la contrée ainsi que d'autres influences particulières.

Les divers fascicules de l'enquête successorale prussienne consacrent

theilung ont leur part d'endettement (1), mais là même où il est considérable il a une autre nature et partant d'autres effets économiques et sociaux que l'endettement des régions de transmission intégrale ; il provient de soultes de prix de ventes (2). « Il y a une différence considérable, écrit

de longs développements à cette question de l'endettement et s'efforcent de prouver à ce point de vue la supériorité de l'Anerbensitte sur la Realtheilung sans que l'on puisse dire que cette tentative de preuve ait été couronnée de succès (Cf. La constatation formelle de la quasi-absence d'endettement dans une région de Realtheilung, le ressort de l'Amtsgericht de Sarrelouis, faute de soultes successorales dans Wygodzinski, *op. cit.*, p. 76 ; cf. également pp. 120 et seq., 122 ; Hirsch, *Die hohenzollernschen Lande*, p. 67 et seq. ; Holzapfel, *op. cit.*, p. 102 et seq., p. 104), sauf pour la Westphalie qui constitue d'ailleurs une exception (Comte de Spee, *op. cit.*, p. 192). Partout on signale le gros endettement résultant d'un demi-Anerbenrecht avec avantages insuffisants au profit de l'Uebernehmer ; l'institution ne peut fonctionner que là où les cohéritiers de l'Anerbe s'en vont les mains vides. MM. Hirsch et Sering ont cherché à justifier l'endettement résultant de l'Anerbenrecht en faisant remarquer que les Hôfe paysans peuvent supporter plus de charges que les petits biens « parce que dans ce dernier cas le revenu intégral suffit tout juste pour nourrir le propriétaire » (Hirsch, *Die Hohenzollernschen Lande*, p. 72 et seq. Cf., p. 73, note 2, p. 75 et la note 1 de M. Sering).

(1) Peut-être M. Bücher à la réunion de Vienne du *Verein für Socialpolitik* se montrait-il trop optimiste à l'égard des régions de Realtheilung lorsqu'il vantait les « Ideale Zustände » (situation idéale) qu'offraient au point de vue de l'endettement les régions de Realtheilung (*Schriften du Verein*, L. XI, p. 339). M. Fick (*op. cit.*, pp. 274 et 275) constate qu'en Bavière l'endettement est le même pour les régions de partage et celles de transmission intégrale. Les premières ont un besoin de terre (Landhunger) à satisfaire, il faut reconstituer les exploitations, ce qui est matériellement facile dans ces régions, la terre changeant fréquemment de mains, mais ce qui est coûteux, les prix étant en général très élevés par suite de la quantité des demandes (cf. par exemple Hirsch, *Oberlandesgericht de Francfort*, p. 77). Peut-être le revenu que la terre donne dans ces régions est-il parfois fort au-dessous du prix dépensé pour l'acquisition de la terre. Pour la région du Rhin M. Gothein ne croit pas que les hauts prix payés pour l'acquisition de parcelles de terre soient uniquement une conséquence du mode de transmission des biens (Protokollhandel) ; les populations savent d'après cet auteur se régler sur le prix des produits (Gothein, *op. cit.*, pp. 285 et 286).

(2) Buchenberger, *Grandzüge*, p. 92.

M. Buchenberger (1), entre une dette imposée, naissant en même temps que l'attribution du bien, comme dans la région de l'Anerbenrecht, et une dette dont la conclusion dépend de la volonté du propriétaire . . . La disposition aux achats dans les régions de partage libre peut être et sera en conséquence beaucoup plus active dans les années de bonnes récoltes et de prix satisfaisants, qui permettent d'acquitter la dette du prix provenant de l'acquisition de parcelles ; cette disposition se calmera quand la caisse du propriétaire sera moins pleine. L'ensemble de l'endettement essentiellement plus faible de la population rurale dans les régions de partage comparées aux régions d'Anerbenrecht doit par conséquent être mis pour une bonne part au compte de la législation successorale en vigueur. Pour les motifs déjà donnés l'endettement y est moins pesant, il a même fréquemment une vertu éducatrice dans le sens d'une caisse d'épargne obligatoire. Enfin l'on oublie très souvent dans l'examen de la situation des régions de partage, que le placement des petites économies en acquisitions de terres, dans une certaine mesure en tant que « magot immobilier » (Immobiliarnotpfennig) s'affirme dans beaucoup de cas comme plus exact au point de vue économique que tout autre emploi, par exemple sous la forme de dépôts à la caisse d'épargne. Car le placement de capitaux en terres, alors même qu'il est accompagné d'un endettement sous forme de soultes de prix de vente, ne promet pas seulement un intérêt mais en plus — en raison de la possibilité de la mise en valeur de la force de travail du propriétaire sur l'immeuble acquis, un salaire, auquel de toute autre manière il eût fallu renoncer. L'appréciation pessimiste des chiffres d'endettement des régions de partage que l'on rencontre si fréquemment doit donc être rec-

(1) *Loc. cit.*

tifiée. En réalité les dettes immobilières donnent matière à beaucoup moins de soucis que les soultes des régions d'Anerbenrecht, et l'expérience nous apprend qu'elles s'éteignent aussi beaucoup plus rapidement (1). »

On fait encore valoir contre l'Anerbenrecht qu'il pousse à la culture extensive, les biens sont trop grands pour les ressources dont dispose le propriétaire, leur culture est peu rationnelle. C'est un reproche que les plus chauds partisans de l'Anerbenrecht reconnaissent eux-mêmes comme fondé çà et là (2). Il ne saurait toutefois être généralisé (3), comme le faisait remarquer M. Sering, le paysan hano-vrien est un producteur très moderne (4) et cependant, il pratique la transmission intégrale. En admettant d'ailleurs le mal résultant à cet égard de la transmission intégrale, il est moindre que celui provenant parfois de la Naturaltheilung. L'Anerbenrecht a sa raison d'être dans les régions d'une certaine altitude (5), aussi le gouvernement badois

(1) Cf. les observations de M. Bücher à la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik (*op. cit.*, p. 336) sur la signification sociale du lopin de terre acquis.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 263. Cf. également *suprà*, p. 570, et la monographie des exploitations d'une commune des régions montagneuses de la Bavière par M. F. Schweyer (*Schœffau, eine Gemeinde im Gebiete der bayerischen Voralpen*, Stuttgart, 1896). Le revenu des terres y est modique et peu en rapport avec ce que l'on est en droit d'exiger d'une culture moderne.

(3) M. Fick (*op. cit.*, p. 275) constate que les régions de Naturaltheilung sont plus adonnées à la viticulture et à la production maraîchères, cultures essentiellement intensives, mais il fait remarquer qu'il peut y avoir là aussi bien une cause qu'un effet de la Naturaltheilung. De même il ne faut pas tirer des statistiques relatives à la production des céréales des conclusions excessives. Les régions de Naturaltheilung accusent à cet égard un léger excédent sur les régions de transmission intégrale, mais elles sont plus fertiles (Fick, *op. cit.*, p. 275). D'après M. Fick (*op. cit.*, p. 276) elles sont aussi travaillées avec plus de soin.

(4) Réunion de Vienne (*op. cit.*, p. 388).

(5) Cf. Buchenberger, *Agrarwesen*, pp. 442-453. L'auteur n'est cependant pas un des fervents de l'Anerbenrecht.

tient-il à l'indivisibilité (1) de ses Hofgüter de la Forêt-Noire, il semble s'être pénétré de la vérité de ce mot de List, qu'il est des régions où en raison de l'altitude et de l'infertilité du sol, le Hof est tout aussi impartageable qu'un « mouton ou qu'un cheval ». Les fâcheuses conséquences que la Realtheilung a ailleurs entraînées en Allemagne dans des régions analogues ne sont pas faites pour lui donner tort (2), il semble bien que là où l'occasion d'occupations accessoires industrielles (3) ou autres (4) fait défaut, la Naturaltheilung rabaisse le degré des exigences de la vie à un niveau peu enviable.

(1) Qui dépasse d'ailleurs la simple transmission successorale. Cf. *suprà*, p. 469 et seq. Jusqu'à la loi du 27 juin 1868 existait en Autriche un régime analogue à celui des Hofgüter badois, en vertu du « Bestiftungszwang ». Il fut partout supprimé et l'Anerbenrecht ne se maintint légalement que dans le Tyrol. Ce fut « une mesure peu heureuse », d'après M. Buchenberger (*op. cit.*, p. 445). La loi du 1^{er} avril 1889 a essayé de remédier au mal sans que d'ailleurs les législatures provinciales aient fait jusqu'ici usage de la permission d'introduire l'Intestatanerbenrecht direct qu'elle édictait. Cf. sur la législation autrichienne qui mériterait de faire l'objet d'une étude à part, Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 374 et le rapport du comte Chorinski à la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik (*op. cit.*, p. 71 et seq.).

(2) Cf. sur le Sud de la Forêt-Noire, Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 264. Sur les fâcheux résultats économiques de la disparition des Stockgüter de l'Eifel, Wygodzinski, *op. cit.*, pp. 101, 104. Le morcellement a rendu impossible l'élevage, seule occupation avantageuse dans la région. M. Wygodzinski désirerait une colonisation méthodique de l'Eifel à l'aide des Rentengüter (*op. cit.*, p. 159). Il ne semble pas que le morcellement ait eu de bons résultats dans le Taunus et le Westerwald (Hirsch, *op. cit.*, pp. 106 et 107).

(3) Ce que l'on appelle la Hausindustrie. Cf. sur la Hausindustrie dans certaines communes des Alpes bavaroises, Fick, *op. cit.*, pp. 54 et 55 et *suprà* p. 527, note 2.

(4) Par exemple le colportage. Sur la situation économique et sociale des colporteurs du Westerwald, cf. les vues absolument divergentes de M. Hirsch (*op. cit.*, p. 97 et seq., p. 106 et seq.) et de M. Plenge (*Westerwälder Hausierer und Landgänger*, tome II de l'enquête faite sur le colportage en Allemagne sous la direction de M. le professeur Stieda, tome LXXVIII des *Schriften* du Verein für Socialpolitik, Leipzig, 1898).

C'est une considération analogue qui doit décider de la réponse à faire à une troisième objection élevée contre l'Anerbenrecht, à savoir qu'il pousse à la concentration des fortunes dans quelques mains et doit avoir pour conséquence une extension du prolétariat. Mais là où les considérations climatériques le commandent, la transmission intégrale s'impose (1). D'ailleurs, là même où elle est organisée le plus sévèrement, elle n'a pas pour résultat une répartition uniforme du sol en Höfe paysans ; des biens d'étendue différente se rencontrent, les exploitations s'étagent (2) ; à *fortiori* dans les régions où l'Anerbenrecht est purement coutumier (3).

A l'argument de la prolétarisation des cohéritiers de l'Anerbe invoqué contre l'Anerbenrecht les partisans de la transmission intégrale répondent que placés entre l'alternative de la Realtheilung aboutissant aisément — grâce à l'accroissement de la population (4) qu'entraînent les facilités d'établissement dans les régions de partage — à la « Zwergwirtschaft » (exploitation naine) et l'attribution du bien à un seul héritier au risque de faire des prolétaires des autres, ils n'hésitent pas ; avec l'Anerbenrecht un tout au moins ne sera pas prolétaire. On tient moins à la quantité qu'à la qualité des propriétaires ; sans doute il serait bon de créer comme par l'effet d' « une baguette magique » un Hof pour chaque enfant, mais tant que cela

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 266.

(2) Cf. pour la Forêt-Noire badoise, Miaskowski, *op. cit.*, p. 268.

(3) Cf. pour la Westphalie, comte de Spee, *op. cit.*, p. 9. Pour le Hanovre, Grossmann, *op. cit.*, p. 7. Dans les deux régions toutefois la moyenne propriété paysanne l'emporte.

(4) On considère en Allemagne le partage égal entre cohéritiers comme une cause d'augmentation rapide de la population et la transmission intégrale comme un remède contre le danger de l'excès de population. Partisans et adversaires de l'Anerbenrecht sont d'accord sur ce point. En France beaucoup de bons esprits seraient disposés à voir dans le partage égal une cause de la dépopulation française ; c'est à tort selon nous.

sera impossible la crainte de créer des prolétaires ne doit pas détourner de l'Anerbenrecht (1).

Le remède, il est dans les débouchés qu'une bonne organisation sociale doit ouvrir aux cohéritiers. A l'époque où la simplicité des rapports économiques en Allemagne restreignait le champ de l'activité individuelle, les cohéritiers restaient fréquemment sur le Hof en qualité de domestiques (2) ; c'est évidemment là un idéal qui ne cadre plus avec nos vues modernes (3) faites d'indépendance et d'égalité. Les cohéritiers de l'Anerber quittent donc le Hof pour chercher soit dans l'agriculture, soit dans le commerce ou l'industrie leurs moyens de subsistance (4), ils ne reculent pas devant l'émigration (5). « On trouve des habitants de la Forêt-Noire (6) dans tout l'univers, pour partie à la tête d'exploitations industrielles et de maisons de commerce des plus considérées ; beaucoup reviennent avec l'âge dans leur pays et constituent alors en raison de leur situation sociale indépendante un ferment très utile

(1) Cf. sur tous ces points M. Gierke (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, année 1895, n° 224) auquel nous avons emprunté quelques expressions.

(2) C'était une situation que même alors les frères et les sœurs de l'Anerbe acceptaient parfois avec peine (Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 433 et seq.). Il fallait souvent la leur imposer (Gothein, *Wirtschafts geschichte des Schwarzwaldes*, 1892, t. 1, p. 392).

(3) Buchenberger, *op. cit.*, p. 486. M. Miakowski, *op. cit.*, II, p. 269 déclare ne pas partager les répugnances actuelles à cet égard. « Etre subordonné à son père et à son frère, écrit-il (*op. cit.*, p. 270), dans des classes où la susceptibilité n'est pas la règle, n'a absolument rien de plus humiliant que d'être soumis à un maître d'apprentissage, à un employeur ou même à un sous-officier. »

(4) Les documents permettant de se faire une idée nette du sort des cohéritiers ne sont pas abondants. Le fascicule de l'enquête prussienne consacré à la Westphalie a essayé de combler la lacune pour la province (p. 208). Cf. *infra*.

(5) Sur l'importance de l'émigration dans certaines régions d'Anerbenrecht déjà au siècle dernier, cf. pour la principauté d'Osnabrück, Justus Möser (*Patriotische Phantasien*, Berlin, 1878, I, 97).

(6) Région de transmission intégrale.

de la vie communale (1). » Des constatations analogues peuvent être faites pour d'autres régions (2) ; nulle part il ne semble que l'Anerbenrecht ait pour conséquence de créer des prolétaires (3). Les « Abfindlinge » des Höfe

(1) Buchenberger, *op. cit.*, p. 445. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, p. 279. Vogelmann, *Forstpolizeigesetzgebung in Baden*, p. 86, sur les avantages du Hofgüteredikt badois au point de vue économique.

(2) M. Meyer (*Teilungsverbot Anerbenrecht etc. beim bäuerlichen Grundbesitz Lippes*) évalua (en 1895) que la principauté avait perdu de 1788 à 1890 au moins 65.000 personnes par suite d'établissement en dehors de la principauté (p. 60). « La plus grande partie de celles-ci devait consister en « Abfindlinge » (créanciers de soultes), on pourrait au moins établir un rapport dans la plupart des cas entre l'émigration de l'individu et le « Kolonatsrecht » (mode de tenure avec Anerbenrecht).

On ne saurait toutefois établir un rapport absolu entre les déplacements de la population (émigration coloniale notamment) et le droit successoral. La disproportion entre le nombre d'hommes à nourrir et les ressources offertes par le sol, c'est-à-dire l'excès de population constitue la cause unique de l'émigration. Mais cette cause ne revêt pas partout un aspect absolument identique ; elle peut apparaître ici beaucoup plus tôt que là selon la fertilité de la région, l'excès des naissances sur les décès. Ce n'est que dans la mesure où le droit successoral limite artificiellement le champ des débouchés qu'il peut exercer son influence. Il l'exerce dans les régions de transmission intégrale ; ailleurs l'excès de population, la rigueur du climat, la mauvaise répartition du sol poussent à l'émigration même dans des régions de Realtheilung. L'excès de population a été la cause déterminante du très fort courant d'émigration qui partait du Wurtemberg au milieu de notre siècle. C'est le climat qui décide les habitants du Sauerland à émigrer (Cf. enquête Stieda, t. I, p. 198). C'était la mauvaise répartition du sol qui à une certaine époque poussait les ouvriers agricoles des provinces situées au delà de l'Elbe à chercher une situation en Amérique (Cf. sur la cause des mouvements de la population, comte de Spee, *op. cit.*, p. 207).

(3) A la question qui lui était posée sur le sort des « abweichenden Geschwister » (cohéritiers qui s'effacent devant l'Anerbe) un paysan bavarois répondait « Die verkümmeln sich halt so » (Ils s'éparpillent) (Cf. Fick, *op. cit.*, p. 61). L'éparpillement semble se faire d'une façon heureuse ; les « abweichenden Geschwister » ne vont pas grossir les rangs du prolétariat urbain. D'après la statistique dressée par M. Sering à l'aide des autorités locales sur un certain nombre de communes rurales de la province de Westphalie il résulte (Comte de Spee, *op. cit.*, p. 212. Cf. sur le Questionnaire envoyé aux autorités locales, p. 209)

appartiennent fréquemment aux couches sociales qui s'élèvent (1). « Cela repose dans la nature des choses. Les cohéritiers qui ont reçu leur soulte, savent qu'ils doivent

que sur les 4.561 « Abfindlinge » de 1204 Höfe, 504 étaient restés sur le Hof. Les autres (1766 hommes et 2255 femmes) avaient embrassé diverses carrières. Parmi les hommes 511 avaient une exploitation agricole à eux, 398 étaient entrés dans le commerce ou l'industrie ; 283 appartenaient aux carrières libérales, 175 n'avaient pas une situation indépendante (87 dans l'agriculture, 79 dans l'industrie comme ouvriers, 66 émigrants).

La répartition des « Abfindlinge » entre les diverses professions varie naturellement selon l'importance du Hof paternel. Les « Abfindlinge » de Höfe importants ont plus que les Abfindlinge des petits Höfe une situation indépendante. Voici le tableau de la répartition emprunté au fascicule de l'enquête prussienne consacré à la Westphalie (p. 213) :

	Exploitations de moins de 7 hect. 1/2 p. 100	Exploitations au-dessus de 7 hectares 1/2 p. 100
Agriculteurs indépendants.	39	47
Autres entrepreneurs et chefs d'ex- ploitation indépendants	27	22
Carrières libérales.	7	17
Situations non indépendantes dans l'agriculture.	10	5
Situations non indépendantes dans le commerce et l'industrie. . . .	15	3
Profession inconnue, malades. . .	0	2
Ayant émigré.	2	4
Total.	100	100

Sur les 2.255 « Abfindlinge » femmes 2116 se sont mariées ; 1526 ont épousé des agriculteurs chefs d'exploitation. Des 128 sœurs d'Anerben restées célibataires 43 sont devenues diaconesses ou religieuses.

Les maires auxquels le questionnaire avait été adressé ont donné leur avis sur la situation des « Abfindlinge » et des « Uebernehmer ». La situation des premiers est bonne en général ; à l'égard de 24 d'entre eux seulement une opinion contraire a été émise (*op. cit.*, p. 214). Les « Uebernehmer » avantagés sont dans une bonne situation ; ceux qui ne le sont pas, une infime minorité (107 sur 1204 Höfe) sont souvent dans une situation peu brillante.

(1) Protokolle de la 2^e lecture du Code civil (*Materialien*, p. 32). Comte de Spee, p. 215 (rapport du Landrat du cercle de Büren).

acquérir leur subsistance par leur propre énergie et s'adonnent avec ardeur à l'occupation qu'ils ont choisie (1). » Mais pour atteindre ce résultat il faut que l'organisation politique, économique et sociale facilite le placement des cohéritiers de l'Anerbe soit sur le sol natal (2), soit aux colonies (3).

Nous sommes ainsi insensiblement arrivés à un argument des adversaires de l'Anerbenrecht bien propre à faire impression sur des esprits français, celui de l'injustice de l'Anerbenrecht en tant que rompant l'égalité entre enfants. A cet argument les partisans de l'Anerbenrecht répondent qu'il est de l'intérêt général qu'une bonne répartition de la propriété foncière soit assurée, il importe à la prospérité de l'Etat que les classes de biens s'étagent d'une façon heureuse, or l'Anerbenrecht en assurant la transmission du bien à un seul des héritiers est le meilleur garant du maintien de la moyenne propriété (4).

Ce n'est pas tout ; l'Anerbenrecht sert aussi à conserver les biens dans les familles. C'est un but auquel la société ne doit pas rester indifférente, dit-on. Car en changeant de mains le Hof risque soit de se désagréger soit de perdre son individualité, le morcellement ou l'adjonction à un grand bien, tel est le sort qui menace le Hof sortant d'une famille. Dans les temps modernes où il n'y a pas de législation directement protectrice des Höfe, ceux-ci ne se sou-

(1) Rapport du Landrat de Büren, *loc. cit.* La situation de certains « Abfindlinge » paraît moins bonne dans une région avoisinant la Westphalie, dans la principauté de Lippe (Meyer, *op. cit.*, p. 67 et seq. qui apprécie au point de vue économique la condition peu brillante des tui-liers lippois. Cf. également Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 270).

(2) Commerce, industrie, colonisation intérieure (Retengüter).

(3) « Coûte que coûte », dit M. Gierke (*Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 224). L'Anerbenrecht doit avoir les mêmes adjuvants que la législation des « entailles » anglais. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, t. II, p. 271.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 276.

tiennent en grande partie que grâce à l'intérêt d'affection de la famille qui y est établie depuis une série de générations (1). Le maintien des biens dans les familles a d'heureuses conséquences au point de vue économique ; le propriétaire certain que les dépenses d'amélioration qu'il fera sur le Hof ne profiteront qu'aux siens se sent plus disposé à les entreprendre, il se montre d'autre part plus ménager dans son exploitation et l'on cite (2) en exemple le respect que les paysans ont en Westphalie pour les bois faisant partie de leur domaine (3). Enfin les Höfe transmis de génération en génération spécialement ceux transmis d'après l'Anerbenrecht supportent mieux les périodes de crise et font preuve à toute époque d'un bien-être que l'on ne rencontre pas chez la grande et chez la petite propriété (4).

Toutes les raisons économiques d'après les partisans de l'Anerbenrecht sont donc en faveur des Höfe moyens et de la transmission intégrale qui les maintient. A cela on oppose certaines considérations morales exigeant un droit successoral respectueux de l'égalité entre enfants. Y a-t-il collision entre le point de vue économique et le point de vue moral ? « Existe-t-elle réellement et en cas d'affirmative de quelle manière la supprimer ? Le point de vue moral doit-il céder devant le point de vue économique ou le point de vue économique devant le point de vue moral ? Ou doit-on chercher à établir l'équilibre entre tous

(1) Miaskowski, *loc cit.*

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 277.

(3) Les bois occupaient en Westphalie (statistique de 1893) 27,9 0/0 de la superficie (23,5 0/0 dans le royaume de Prusse dont la moyenne est déjà très satisfaisante).

(4) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 278. Cf. également les constatations résultant des statistiques de l'impôt sur le revenu dans diverses provinces de la monarchie prussienne (Grossmann, *op. cit.*, p. 12). Il y a lieu de faire remarquer que cette statistique n'est pas favorable aux seules régions d'Anerbenrecht.

deux ? (1) » Faire dominer le point de vue économique c'est attribuer le Hof à un seul héritier, l'Anerbe, sans s'inquiéter de ses frères et sœurs ou à peu près (2) ; c'était là le point de vue de l'ancien Anerbenrecht. Les partisans les plus fervents de l'institution l'ont répudié. Ils veulent maintenir le Hof dans la famille et tenir compte en même temps dans la mesure du possible des intérêts des cohéritiers de l'Anerbe. Reconnaître à l'Anerbe un préciput direct ou indirect sur un bien qui figure d'ailleurs dans la masse successorale, a paru constituer la conciliation naturelle des divers intérêts en présence. « Cet avantage accordé à l'Anerbe, ajoute-t-on (3), peut aussi se justifier facilement, à condition de ne pas se placer à un point de vue individualiste et unilatéral, mais pourvu que l'on parte de la notion de la famille en tant que association essentielle pour le bien de l'individu comme de la collectivité. » Or comme toute organisation sociale, la famille exige la soumission de ses membres à l'ensemble, la renonciation à des fins personnelles pour la réalisation d'un but commun. Cela ne va pas sans certains sacrifices faits par un parent en faveur d'un autre, sacrifices supposant un esprit de famille développé aussi bien chez celui qui les consent que chez celui qui en bénéficie à charge d'en user au mieux des autres membres.

Cet esprit de famille, sans lequel l'Anerbenrecht n'est plus « qu'un mécanisme dont le ressort a été brisé (4) », ne fait pas défaut en Allemagne. « Nous soutenons

(1) Miaskowski, *op. cit.*, III, p. 279.

(2) Sur la mesure de l'avantage de l'Anerbe, cf. dans Miaskowski (*op. cit.*, II, p. 289) des exemples empruntés à la première moitié de ce siècle dans la Forêt-Noire badoise. Un bien attribué à l'Anerbe (*Vorteilserbe* dans le grand duché de Bade) pour 5000 florins fut vendu par celui-ci 185.800 florins.

(3) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 281.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 282.

que dans la population rurale allemande, le sentiment de la nécessité de maintenir la propriété dans la famille et de la justice des sacrifices que ses membres doivent consentir à cet effet, est encore vivace (1). » Ceci et la démonstration à l'appui étaient écrits en 1884, il semble que depuis les symptômes d'un esprit contraire tendant à l'égalité des membres de la famille aient fait à leur apparition (2) ; ce qu'on a appelé la « politique dynastique » dans la famille n'est plus en honneur comme autrefois et avec quelque apparence de raison ; les grands Höfe maintenus par la transmission intégrale, ne sont plus avec les progrès de la technique agricole aussi nécessaires partout où ils se rencontrent (3), quant au maintien du bien dans les familles il a surtout pour effet d'assurer la conservation du bien au groupe plus restreint dont l'Anerbe est le chef et au bénéfice exclusif de ce dernier. Les obligations que lui imposait autrefois la coutume à l'égard de ses cohéritiers rentrent de plus en plus dans la catégorie des obligations de pure morale (4).

L'argument économique et l'argument moral invoqués en faveur de l'Anerbenrecht lui échappent donc pour partie ; les fervents de la transmission intégrale défendent alors celle-ci sous une autre forme en attaquant l'idée d'égalité elle-même dans les partages successoraux. Soutenir que l'Anerbenrecht porte atteinte à cette égalité c'est soutenir qu'entre individus liés par le sang « règnent la même pensée et le même sentiment, de telle manière par exemple que pour un père tous ses enfants lui soient également proches, pour un oncle, ses neveux (5) ». Mais en fait, dit-on,

(1) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 282.

(2) Accroissement des soultes constaté dans les Enquêtes récentes.

(3) Cf. *suprà*.

(4) Aussi la dernière loi prussienne de 1898 n'a-t-elle pas reproduit les dispositions de la Landgüterordnung pour la Westphalie.

(5) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 285.

l'amour des parents pour les enfants sans parler de celui d'un *de cujus* quelconque à l'égard de ses parents éloignés du même degré n'est pas identique. Quand bien même au point de vue idéal il devrait être semblable, un amour identique pour des enfants doués diversement doit employer des moyens différents pour se manifester à leur égard d'une façon égale. Des parents qui ont pour les enfants un même amour ne traiteront pas de la même façon lors du partage de leur succession leurs descendants qui ont réussi dans la vie et ceux qui ont échoué ; ils établiront une différence entre ceux que la nature a dotés largement et ceux qui ne l'ont pas été. « L'observation d'une égalité purement externe, uniformément d'aspect lors de la répartition de l'hérédité, peut par conséquent en présence de telles inégalités de fait parfois conduire aux plus grandes injustices (1). » Si l'on oppose aux partisans de l'Anerbenrecht que les parents se sentent des obligations égales envers ceux qu'ils ont appelés à la vie, ils répondent (2) « que les obligations qui passent du père après sa mort sur la fortune qu'il laisse ne sauraient être plus grandes que de son vivant ». Les enfants peuvent bien prétendre à une éducation convenable, à une dot, à des moyens de subsistance lorsqu'ils seront dans l'impossibilité d'y pourvoir eux-mêmes (infirmité, âge), mais on ne saurait conclure de là au droit de prétendre à des parts égales de l'hérédité (3).

(1) Miaskowski, *loc. cit.*

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 286.

(3) On invoque encore d'autres arguments.

L'Anerbe a des charges ; il doit travailler, peiner au profit de ses co-héritiers qui touchent leurs soultes sans aucun mal (müheles). C'est un argument si fréquent chez les partisans de l'Anerbenrecht que je renonce à citer les ouvrages ou discours où il se trouve. Le gouvernement prussien l'a fait valoir à l'appui de son projet de loi de 1898. M. Brentano a énergiquement qualifié l'argument de « mauvaise plaisanterie » (*Gesam-*

Tous ces arguments sont également invoqués en faveur de la liberté de tester et ils n'ont de véritable valeur qu'à cet égard ; il est inexact de vouloir les étendre *a priori* à une coutume ou à une loi *ab intestat* anti-égalitaire car ils manquent alors leur but. Qu'un chef de famille veuille en vertu de son libre arbitre rétablir une égalité qu'il estime blessée par les hommes ou les choses et qu'il veuille substituer au procédé mécanique du dépeçage d'une succession en parts égales celui d'une distribution rationnelle des éléments de son patrimoine, rien de mieux ; mais essayer de justifier semblable besogne confiée à la loi ou admise par la coutume au nom de l'égalité réelle par opposition à l'égalité formelle c'est ce qui me paraît impossible. En quoi l'attribution coutumière ou légale d'un Hof à l'aîné répond-elle à l'égalité réelle ? Croire qu'une loi successorale *ab intestat* en partant du principe de l'inégalité puisse réparer les injustices du sort, c'est s'abuser singulièrement, elle agira presque toujours à faux, son œuvre sera un véritable jeu du hasard. A défaut d'une manifestation de volonté contraire du chef de famille il n'est qu'un mode de dévolution se rapprochant le plus de l'idée de justice, c'est le partage égal.

Au surplus la pensée des coutumes de transmission intégrale et des lois qui les consacrent n'est pas d'établir l'égalité dite « réelle », mais d'attribuer le bien au plus capable, c'est-à-dire au mieux doué, à celui qui serait le mieux en état de soutenir la lutte pour la vie. La loi ou la coutume complète encore ses avantages naturels.

melte Aufsätze, p. 394). « C'est presque une ironie blessante, dit-il ailleurs (*op. cit.*, p. 348), en parlant de la loi de 1896 dont les principes sont sensiblement analogues à ceux de la loi de 1898 de représenter les frères et sœurs qui s'effacent comme d'heureux rentiers après qu'on les a à peu près dépouillés. » Quant à « l'Asylrecht » il tend à disparaître et ne constitue que l'équivalent d'intérêts des soultes non payées. L'« Abfindling » est alors une sorte de « garnisaire » pour son propre compte.

L'Anerbenrecht n'a pas d'autre argument à invoquer que celui de son existence, il doit être parce qu'il est, parce qu'il correspond aux idées de certaines populations et dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement mérite d'être traduit en loi (1). Vouloir justifier son existence *a priori* en quelque sorte, au nom de l'égalité réelle me paraît une œuvre aussi vaine que dangereuse pour l'institution que l'on cherche à défendre. L'Anerbenrecht résistera-t-il au surplus au courant des idées égalitaires (2) modernes? C'est ce que l'histoire apprendra; je ne crois pas que son empire soit appelé à s'étendre, il ne peut que perdre du terrain, quoique bien des éléments soient encore favorables au maintien de la coutume de la transmission intégrale; l'exode des campagnes vers les villes dans un État qui a accompli en vingt ans au point de vue industriel et commercial, un progrès absolument remarquable peut rendre moins pressant le besoin de partager la terre elle-même bien que les nécessités économiques

(1) A ce point de vue la loi westphalienne me semble être allée trop loin.

(2) Certains esprits qu'arrête le reproche de rupture d'égalité et d'injustice fait à l'Anerbenrecht ont cherché à y répondre en proposant de laisser au sort le soin de désigner l'Anerbe (Cf. J. Zuns, *Eine Verminderung der Schattenseiten des Anerbenrechts*, Frankfurt-a-Main, 1894). Le tirage au sort aurait lieu avant la dévolution héréditaire du bien afin de permettre « au gagnant » de se préparer à sa profession d'agriculteur (Zuns, *op. cit.*, p. 8). Les perdants ne pourraient pas se sentir lésés, ils avaient la chance de devenir Anerben.

A cela on peut répondre qu'une chance n'est pas une réalité; un bon « tiens vaut mieux que tu peux l'avoir »; le frère qui a tiré un mauvais numéro paie assez cher la perspective qu'il a eue de devenir Anerbe (surtout dans le système de M. Zuns, qui veut exclure les sœurs du tirage au sort et les dédommage par une part plus forte), le perdant a acheté un coûteux billet de loterie.

La vérité est que lorsque l'institution de l'Anerbenrecht ne pourra plus se soutenir que par de semblables moyens, elle touchera à sa fin car ces procédés supposent la disparition de l'esprit de discipline domestique qui est à la base de l'institution.

poussent à l'accroissement des soultes (1) et par là à la vente de l'intégralité du Hof après décès là où son partage en nature est impossible.

En discutant l'argument tiré de l'idée d'égalité blessée par l'Anerbenrecht, nous sommes entrés dans la série des arguments d'ordre moral plutôt qu'économique que l'on fait valoir contre l'Anerbenrecht. Un reproche fréquemment fait (2) à celui-ci est de favoriser les naissances

(1) C'est une nécessité dont les lois nouvelles ne semblent pas tenir suffisamment compte.

(2) Il en est d'autres présentés également au nom de la morale. L'Anerbenrecht nuit, dit-on, à l'esprit de famille ; réponse : l'Anerbenrecht ne fonctionne que là où il y a un certain esprit de famille et les exceptions à la règle ne prouvent pas plus contre l'Anerbenrecht que les procès auxquels donnent lieu les liquidations de succession dans les régions de partage égal ne prouvent contre le partage égal. En raison d'un moindre esprit de dépendance, les procès de ce genre sont même plus fréquents ici que là.

On fait également valoir que l'Anerbe peut spéculer avec les avantages qui lui ont été faits, revendre à sa valeur vénale le bien qui lui a été attribué pour sa valeur en revenu. Mais ici encore l'esprit de famille arrêtera l'Anerbe (c'est un point que les dernières lois ont prévu). L'Anerbe, dit-on enfin, assuré de par la loi ou la coutume d'une situation indépendante ne fait preuve ni d'initiative ni d'activité, son éducation en souffre. Le reproche ne porte qu'à l'égard du « Zwangsanerbenrecht » ; ou à l'égard d'une coutume en revêtant les caractères et dans les deux cas seulement à l'égard du majorat (Cf. les observations de M. le professeur Paasche sur les inconvénients du majorat dans certaines parties de la province de Hesse-Nassau, *Agrarkonferenz*, p. 225). Avec une coutume suffisamment élastique pour laisser soit au chef de famille soit à la famille elle-même toute liberté de disposition, l'Anerbe désigné par la coutume est contraint de mener une vie active par la crainte de voir le chef de famille prendre à son égard telle disposition l'excluant de la succession au bien. Le résultat est le même en matière d'« Intestatanerbenrecht » direct, mais non obligatoire.

Le reproche de mauvaise éducation adressé à « l'Anerbe » n'atteint guère que le majorat ; comme on l'a fait remarquer « le plus jeune enfant ne peut jamais savoir s'il restera le plus jeune » (Discours de M. Thiel à la Conférence agraire. *Agrarkonferenz*, p. 245. Cf. Miaskowski, *op. cit.*, t. II, 292). Le minorat a d'ailleurs aussi ses inconvénients, notamment il a pour résultat de soumettre le Hof à l'administration d'un tuteur (Cf. Observation de M. le professeur Wagner, *Agrarkonferenz*, p. 251).

illégitimes. « Depuis l'origine de l'Anerbenrecht il n'y a que l'Anerbe qui puisse se marier en toute sécurité ; les autres enfants ne le peuvent que par établissement sur un autre Hof (1). » Ce grand nombre de naissances illégitimes ne se présente pas partout ; on ne le rencontre que dans les régions d'Anerbenrecht à occupations exclusivement agricoles. Dès 1884, M. Miaskowski faisait remarquer la situation favorable qu'occupaient à cet égard la Westphalie et le Hanovre (2). La dernière enquête successorale prussienne n'est venue apporter aucun démenti aux données que cet auteur fournissait. Dans la période de 1887 à 1890 il y avait en Westphalie sur 1000 naissances seulement 28 naissances illégitimes (3). La moyenne pour tout l'État est de 80,2.

Le tableau est moins favorable dans les régions exclusivement agricoles, M. Fick insiste sur la fréquence des naissances illégitimes en Bavière (4), elles sont moins nom-

(1) Brentano, *Ueber Anerbenrecht und Grundeigenthum*, p. 55. Cf. *Gesammelte Aufsätze*, p. 473. Fick, *op. cit.*, p. 275 et appendice, p. 393. Discours de M. Verkauf à la réunion de Vienne du Verein für Socialpolitik (*Schriften du Verein*, L. XI, p. 364) ; Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 297 ; Meyer, *Teilungsverbot*... etc., p. 53 ; Gierke, *Beilage zur allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 224 ; Hirsch, *Die hohenzollern'schen Lande*, p. 59 ; Holzapfel, *op. cit.*, p. 86 ; Comte de Spee, *op. cit.*, p. 99 ; Grossman, *op. cit.*, p. 203 et sq.

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, p. 298 et sq.

(3) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 199 ; relativement à la situation sensiblement analogue du Hanovre à cet égard, cf. Grossmann, *op. cit.*, p. 204, qui fait d'ailleurs remarquer que tous les Regierungsbezirke, par conséquent ceux à Realtheilung présentent aussi un chiffre peu considérable de naissances illégitimes. L'auteur après M. v. Fircks ne semble pas d'ailleurs attacher une grande importance à l'influence du droit successoral sur les naissances illégitimes. Il semble que ce soit une question de moralité de la population. Cf. *op. cit.*, p. 203.

(4) Sur 100 naissances, il y en a en moyenne 13,6 d'illégitimes pour le royaume, Oberbayern accuse même 19 0/0. Le Palatinat au contraire (région de Realtheilung) n'offre que 5,6 0/0. Il y a peut-être là une influence de l'article 340 du Code civil français. Cpr. Fick, *op. cit.*, p. 304.

breuses dans les régions où la propriété est plus accessible (1) ; là où les difficultés d'établissement sont plus grandes, notamment dans les régions d'Anerbenrecht, la proportion des naissances illégitimes augmente.

Dans l'ancienne principauté de Hohenzollern le nombre des naissances illégitimes est également très grand (2). Dans le ressort de l'Amtsgericht de Wald sur dix filles neuf apportent des enfants en mariage, quelques-unes deux ou trois (3).

Les partisans de l'Anerbenrecht affectent de ne pas attacher grande importance à la question. M. Gierke considère l'argument que M. Fick en a tiré contre la transmission intégrale comme une simple « Plänkelei » (tirailerie) (4). La plupart voient dans ces nombreuses naissances hors mariage un simple préciput des droits conjugaux « Vorwegnahme des ehelichen Rechts (5) », la plupart des enfants

(1) Cpr. Fick, *Tables*, p. 307 et seq.

(2) Dans la période de 1881 à 90, en moyenne 81 pour mille pour l'ensemble de l'ancienne principauté qui comprend une assez notable partie de régions à Realtheilung.

(3) Cpr. pour le grand-duché de Bade, Miaskowski, *op. cit.*, p. 297 ; cpr. le discours de M. Verkauf à la réunion de Vienne du Verein für Sozialpolitik, *op. cit.*, p. 363. En Carinthie (région de transmission intégrale) 43 à 46 0/0 des naissances sont illégitimes (à St-Veit même 60 0/0), et l'orateur disait, à l'hilarité de toute l'assistance : « nicht wahr, man denkt dabei an eine Unsumme von ländlicher Poesie ». Cpr. également, Meyer, *op. cit.*, p. 53.

(4) *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 224.

(5) Gierke, *loc. cit.* ; Meyer, *loc. cit.* ; Hirsch, *Die hohenzollern'schen Lande*, p. 59, insiste sur les effets que peuvent encore avoir aujourd'hui certaines pratiques résultant du régime féodal. « Zur Zeit der Lehensherrlichkeit, dit-il, vergewisserte man sich schon vor der Hochzeit, ob man Leibeserben bzw. Söhne zu erwarten habe, damit nicht beim Mangel von solchen der Hof an den Lehensherrn zurückfalle, bzw. die an ihn zu errichtenden Abgaben bei Beerbung durch entferntere Verwandten zu hohe würden. Der aus wirthschaftliche Motiven einigermaßen erklärliche Grund zu der Vorwegnahme der ehelichen Rechte ist mit Aufhebung des Lehensnexus fortgefallen ; die Unsitte selbst aber ist geblieben ». Cpr.

étant ultérieurement légitimés (1), usage au surplus très répandu dans le Bauernstand en général et dans certaines régions en particulier (2).

On oppose la situation des enfants nés de telles unions à celle des produits de « gebrochene Bekanntschaften » (de relations passagères) (3). Cela ne prouve aucune immoralité, écrivent à l'envi, les auteurs favorables à l'Anerbenrecht. D'après M. Miaskowski « une forte progéniture illégitime montre en tous cas une certaine naïveté dans les rapports sexuels (4) », quoique l'auteur convienne « que cela prouve une certaine faiblesse de l'opinion publique et le peu de continence de la population » (5). D'autres ont fait valoir que les paysans étaient aussi fidèles dans leur « Bekanntschaften » que dans un vrai mariage ; c'est singulièrement rabaisser l'institution du mariage ; que devient la belle formule du « matrimonium quærendorum liberorum causa et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio ? » Comme le fait remarquer judicieusement M. Fick (6) « bei Bekanntschaften kommt aber gemeinhin-

également *hoc loco*, rapport de M. Tiemann Amstrichter à Wald, qui voit dans le grand nombre des naissances illégitimes une conséquence des mariages tardifs, mais cette conséquence elle-même est un résultat de l'Anerbenrecht.

(1) Cela n'est pas toujours vrai. Sur les 46 0/0 des naissances illégitimes en Carinthie, 12 0/0 seulement font l'objet de légitimations. Verkauf, *loc. cit.*

(2) Miaskowski, *op. cit.*, II, 298.

(3) Hirsch, *loc. cit.* ; Gierke, *loc. cit.* ; Meyer, *loc. cit.*

(4) P. 298.

(5) Je ne parle pas de certains avantages pratiques tirés de cette immoralité ; « dans la Schwalm (cercle de Ziegenhain) comme l'assure un juge longtemps en fonctions dans cette région, on retarde souvent la légitimation par mariage subséquent des enfants illégitimes avec intention, afin de permettre à la fiancée dans l'intervalle de se constituer une dot comme nourrice » (!) (Holzapfel, *op. cit.*, p. 87).

(6) *Op. cit.*, p. 312.

nur die eine Seite dieses Verhältnisses zur rechter Entfaltung (1) ».

On a beaucoup écrit dans ces dernières années pour et contre l'admission de l'Anerbenrecht. Les uns y ont vu une « question nationale de la plus haute importance », d'autres y ont vu un moyen sérieux de limiter l'endettement.

(1) Dans certaines régions d'un Anerbenrecht incomplet, c'est-à-dire sans préciput de l'Anerbe ou avec préciput peu élevé, on voit apparaître la limitation volontaire du nombre des enfants : c'est ce que l'on appelle en Allemagne le « Zweikindersystem » (Miaskowski, *op. cit.*, II, 294). Le paysan obtient ainsi la transmission intégrale faute de prétendants au bien. C'est là la réalisation du mot de M. Leroy-Beaulieu : « on peut toujours faire un aîné en supprimant les cadets » (*Economiste français*, mars 1880). Cet auteur semble d'ailleurs depuis avoir renoncé à voir un rapport aussi grand que celui qu'on cherche à établir parfois entre un régime successoral et le mouvement de la population (*Traité*, IV, 616). Au surplus le vice du Zweikindersystem est plutôt propre aux régions de Naturaltheilung et quoiqu'il n'ait pas en Allemagne le succès qu'il a en France, constatation que les Allemands font toujours avec beaucoup de plaisir à quelque parti qu'ils appartiennent (Cpr. *Agrarkonferenz*, Discours de M. le professeur Brunner, p. 208, et les observations du disciple de Karl Marx Kautsky, *Die Agrarfrage*, p. 199), on le voit cependant surgir çà et là. Cpr. pour la région rhénane, Wygodzinski, *op. cit.*, p. 116. « Le Zweikindersystem, écrit le Landrat de Meisenheim, se rencontre principalement dans les localités aisées des bords de la Nahe, en particulier à Meisenheim (sud de Kreuznach). Il est des plus rares là qu'un paysan riche ait plus de deux enfants. Je sais qu'un tel propriétaire foncier qui avait un fils et une fille recherchait dans les environs à d'assez grandes distances un agriculteur ayant une aussi bonne situation que lui. Lorsqu'il l'eût trouvé, on convint d'un double mariage (Doppelhirat) ; les fils uniques restèrent dans la maison de leurs pères et recueillirent tout le bien paternel, tandis que leurs femmes, les filles uniques de ces pères étaient reconnues copropriétaires de l'avoir de leurs époux. De cette manière on maintient, il est vrai, la propriété dans la main d'un « Uebernehmer » ayant des ressources suffisantes, mais le faible accroissement de la population est aussi une conséquence nécessaire ». Il y a là, selon nous, moins une conséquence du droit successoral en vigueur que de l'amour paternel : on limite le nombre des enfants, afin de pouvoir assurer à chacun d'eux une situation analogue à celle que l'on a occupée soi-même, indépendamment de la pensée de s'éviter des soucis et des frais d'éducation, *Vide infra* ce que nous dirons pour la France.

ment de la terre et de pallier ainsi à l'un des effets les plus fâcheux de la crise agraire, d'autres enfin n'ont considéré la transmission intégrale que comme un moyen de créer une classe « d'existences satisfaites » et d'accroître ainsi les contrastes sociaux. L'Anerbenrecht ne mérite ni « cet excès d'honneur ni cette indignité ». Il a ses avantages et ses inconvénients comme toute institution humaine ; mais je crois que la somme des avantages l'emporte sur celle des inconvénients, surtout dans les régions où il est bien compris. Le paysan rude (1) des régions montagneuses de l'Allemagne (2) ne me semble pas en avoir tiré tout le parti qu'il en pouvait tirer, ou plutôt les conditions de la vie économique telle qu'elle se présente dans certaines régions n'ont pas suffisamment combattu les désavantages qui résultent de l'Anerbenrecht. Là où les débouchés s'offrent en grand nombre aux « abweichenden Geschwistern » comme en Hanovre et en Westphalie et dans la partie septentrionale de la province du Rhin, l'institution donne de bons résultats ; elle maintient une division aristocratique de la propriété, ce qui n'a pas d'inconvénients en monarchie ; « qui veut la fin veut les moyens » et l'immense majorité des Allemands veut la fin. A tort ou à raison la petite propriété passe pour ne pas avoir de *staatserhaltende Gesinnung*, ce que nous pourrions traduire par « idée d'ordre ». Ainsi que le dit quelque part M. Miaskowski, « aussi bien dans les districts où dominent exclusivement les *latifundia* ou dans ceux où ils ont la prépondérance que dans les pays avec un morcellement de la terre poussé trop loin, le socialisme n'a jamais trouvé un sol complètement défavorable, mais tandis que l'éloquence de l'agitateur socialiste peut toujours mettre le feu là à toute époque, ici elle ne trouvera pas le ferment nécessaire aux époques ordinaires, mais seulement aux époques mal-

(1) Sur la rudesse du paysan allemand, cpr. Miaskowski, II, p. 300.

(2) Et de l'Autriche.

heureuses, à la suite de mauvaises récoltes, de guerres, de révolutions, de crises économiques ». Et il oppose (1) aux variations de la pensée du petit propriétaire la constance de l'opinion du moyen propriétaire, c'est-à-dire du paysan au sens allemand. Ce n'est pas de lui que l'on pourrait dire à l'occasion des crises agraires ou autres « alors le paysan pour la première fois pressent l'étrange solidarité du monde humain », ce n'est pas lui davantage « qui après avoir traversé des années de crise et de souffrances sort mieux préparé à une conception plus large de la propriété, à des destins nouveaux (2) ». Quelle que soit l'opinion que l'on ait du socialisme, on ne peut demander à une monarchie d'abdiquer ses principes et de favoriser un régime de propriété qu'elle estime convenir mieux à un ordre de choses qui n'est pas le sien (3). Il y a peut-être là une erreur, mais en présence de la tournure qu'ont prise les événements de 1848 dans le Sud de l'Allemagne, les gouvernants allemands et notamment le gouvernement prussien ne manquent pas d'excuses à leur point de vue.

L'Anerbenrecht est-il encore appelé à fournir une longue carrière? Comme toute institution, il évolue; un symptôme très grave pour son existence se manifeste, dans la tendance fréquemment constatée à l'accroissement des soultes des cohéritiers. L'esprit du temps, les sentiments égalitaires en sont cause et ce sont des éléments dont l'action augmentera, bien loin de diminuer.

Peut-être le vieil Anerbenrecht pourra-t-il se soutenir en empruntant l'appui d'une institution essentiellement moderne, l'assurance sur la vie, c'est une idée sur laquelle M. Brentano à la réunion de Vienne du Verein für Sozial

(1) *Op. cit.*, I, 98.

(2) Discours de M. Jaurès, séance du 26 juin 1897. *Journal officiel*, 27 juin 1897, p. 1692, col. 3.

(3) Cpr. Grossmann, *op. cit.*, p. 224.

Politik insistait sans rencontrer grand crédit (1). Il semble cependant qu'elle ait l'avenir pour elle. Ça et là on la voit déjà pratiquer dans des régions d'Anerbenrecht (2). On craint cependant qu'elle ne contribue à l'endettement du paysan et que celui-ci se trouve bientôt hors d'état d'acquitter les primes (3). A ceux qui lui exprimaient à la réunion de Vienne du Verein für Sozial Politik des craintes analogues (4), M. Brentano répondait : « Qui me connaît, Messieurs, sait que je ne suis certainement pas disposé à priver la population paysanne des joies justifiées de la vie quelles qu'elles soient et que je n'exige jamais un trop grand esprit d'abnégation. Mais dans les rapports de l'enquête bavaroise on trouve, revenant constamment comme un refrain, des plaintes sur le luxe croissant de la population paysanne et des plaintes semblables me furent faites même de la part d'un ami déclaré de l'agitation de la ligue paysanne bavaroise (Bauernbund). Dans l'un de ces rapports, par exemple dans celui de Miesbach, il est dit « ce n'est pas une bonne situation quand des agriculteurs qui n'ont qu'un bien de moyenne étendue paient au brasseur ou au cabaretier annuellement deux cents à trois cents marks de bière qu'ils ont toujours à la maison sans compter ce

(1) *Gesammelte Aufsätze*, p. 480.

(2) Comte de Spee, *op. cit.*, p. 108 : « Dans le Kreis de Bielefeld, les assurances-vie ont beaucoup augmenté dans la population rurale ; elles sont vues avec une faveur particulière depuis que la déduction des versements annuels du revenu est permis par la législation fiscale, tandis que les intérêts courus sur le capital déposé à la caisse d'épargne demeurent soumis à l'impôt. » L'auteur n'admire pas sans réserver ces assurances sur la vie ; il concède qu'elles sont de nature à faciliter les partages successoraux, mais il craint que les agents des compagnies d'assurances qu'il a rencontrés un peu partout à la campagne lors de son enquête ne cherchent à endoctriner la population pour l'amener à contracter des assurances excessives dont elle ne pourra plus ensuite payer les primes.

(3) Cpr. note 2.

(4) Entre autres M. le comte Chorinsky, alors président de l'Oberlandesgericht à Vienne.

qu'ils boivent au cabaret... Des 12 millions d'hectolitres de bière consommés actuellement en Bavière il y en a bien quelques millions qui vont au delà de la soif honnête ou d'un budget bien équilibré. A cela il faut ajouter l'esprit du temps en vertu duquel chacun veut paraître plus et être plus riche qu'il ne l'est en réalité. Par là on se trouve amené à des dépenses que l'on ne « devrait pas se permettre ». « Messieurs, poursuivait M. Brentano, là où indépendamment des dépenses faites chaque jour au cabaret, on débourse annuellement trois cents marks pour la bière seule, il y a aussi possibilité de contracter une très belle assurance. »

Qu'il y ait dans ces pratiques un état de choses spécial à la Bavière, cela est évident et vraisemblablement tous les paysans allemands ne sauraient trouver des ressources dans le seul fait d'une limitation aux dépenses de ce genre. Toutefois les moyens à l'effet de contracter une assurance ne leur font pas défaut (1). « En réalité et tout compte fait le propriétaire, du moins lorsqu'il s'est intelligemment assuré dès ses jeunes années, a moins à payer que lorsqu'il fait des dépôts à la Caisse d'épargne pour économiser une somme déterminée. »

Les lois récentes sur l'Anerbenrecht ont cru pouvoir adopter une autre méthode en vue d'assurer la transmission intégrale sans endettement ; elles ont cumulé les avantages au profit de l'Anerbe (taxe modérée et préciput), ont réduit les « abweichende Geschwister » à la portion congrue en ne leur laissant qu'une rente annuelle trop souvent dérisoire : il ne semble pas qu'elles aient suffisamment tenu compte des besoins de notre époque. Il eût été préférable de faire appel à l'assurance ; assurance sur la

(1) *Anerbenrecht und Lebensversicherung im Auftrage der Königlichen Landwirtschaftsgesellschaft zu Hannover*, de Schneider et Felber, Hannover, 1890, p. 3.

vie et transmission intégrale, il y a peut-être là le moyen de concilier des intérêts opposés dans un sens conforme à l'esprit de notre temps (1).

Il se peut que la transmission intégrale ne soit pas indispensable au point de vue technique partout où elle fonctionne aujourd'hui en Allemagne (2). Espérer la voir s'étendre au delà de son domaine actuel dans des régions où elle n'a jamais fonctionné est assez vain ; les régions de Realtheilung n'abdiqueront pas des traditions contre lesquelles, somme toute, aucun reproche grave ne peut être fait (3). Elles ont l'immense avantage de rendre la propriété accessible à tous (4) ; le « Landhunger » (mot à mot « faim de terre ») du travailleur agricole est une des bases les plus solides de la société (5). On ne saurait toutefois oublier que le régime auquel cette faim doit sa satisfaction est une armée à deux tranchants (6) ; comme toute liberté elle a ses désavantages (7). Elle suppose une population par-

(1) Cf. Thaller, *La jurisprudence de l'assurance sur la vie et la quotité disponible*, conférence faite au Congrès annuel de la Société d'économie sociale, XVI^e session, 19-26 mai 1897.

(2) M. Buchenberger a très judicieusement divisé l'Allemagne en diverses régions au point de vue qui nous occupe. Celles où la transmission intégrale doublée d'une « Gebundenheit » sévère est indispensable (*Agrarwesen*, p. 443, régions montagneuses), celles où la transmission intégrale seule est à conseiller (*op. cit.*, p. 447, élevage et céréales), celles enfin où la Naturaltheilung est possible (*op. cit.*, p. 437) (Régions tempérées à culture intensive, viticulture, etc.). Cf. sur la possibilité de la diminution des exploitations Buchenberger, *Grundzüge*, p. 93.

(3) Nous n'avons en vue que les régions où les conditions climatériques ne commandent pas la transmission intégrale.

(4) Cpr. sur l'amélioration de la condition des travailleurs ruraux sur le Rhin, Gothein, *op. cit.*, p. 326 et seq.

(5) Gothein, *op. cit.*, p. 338.

(6) Buchenberger, *Grundzüge*, p. 94.

(7) Un morcellement excessif trop général peut aboutir à la constitution d'un prolétariat agricole incapable de supporter certaines crises et frayant la voie à la formation de *latifundia* dans des régions offrant un grand nombre de capitalistes urbains. C'est une constatation que l'on peut faire

ticulièrement prévoyante et intelligente évitant des mariages prématurés, or ces conditions ne font pas défaut dans les régions où domine en Allemagne la petite propriété (1). M. Gothein qui ne se dissimule pas les inconvénients du partage des immeubles ruraux constate en terminant ses intéressantes études sur le régime rural de la province du Rhin qu'il n'y a pas dans la mobilisation du sol et l'égalité dans les partages qui se conditionnent réciproquement un phénomène de dégénérescence « Keine Entartungserscheinung » : le législateur n'est tenu d'intervenir à leur rencontre que là où elles menacent la prospérité générale,

pour le Rhin. Cpr. Wygodzinski, *op. cit.*, p. 141 ; Gothein, *op. cit.*, p. 301, signale le danger des achats de capitalistes belges et d'Aix-la-Chapelle dans la région située au Nord de l'Eifel.

(1) Buchenberger, *op. cit.*, p. 94. Pour les régions de petite propriété l'association libre peut constituer un excellent moyen de suppléer à certaines infériorités de la petite propriété à l'égard de la moyenne ou de la grande. Cpr. Discours de M. Deschanel à la séance du 10 juillet 1898, *Journal officiel* du 11 juillet, p. 1844. Ce n'est toutefois pas la panacée, comme le fait remarquer M. Kautsky (*op. cit.*, p. 122), il y a certains cas où l'association entre petits agriculteurs ne peut mener à rien, par exemple à l'égard de machines dont l'utilisation doit avoir lieu à certaines époques déterminées et de courte durée ; « quelle valeur, dit-il, peut avoir la propriété d'une moissonneuse collective lorsque tous les associés sont contraints de moissonner en même temps ? » M. Brentano adversaire de l'Anerbenrecht s'est prononcé en faveur de la « Hausgemeinschaft » familiale ; il a fait l'éloge de certaines communautés italiennes du Tyrol (*Ueber Anerbenrecht und Grundeigentum*, p. 54 et seq. ; *Gesammelte Aufsätze*, p. 144 note). Les dernières enquêtes ont montré que la Hausgemeinschaft est encore fréquente en Bavière et sur le Rhin. La communauté de famille a joué une grande importance autrefois : elle n'apparaît plus maintenant que comme une exception. Ceux qui repoussent l'Anerbenrecht au nom de l'esprit d'égalité ne devraient pas recommander un régime qui ne se conçoit qu'avec une forte discipline familiale, c'est-à-dire avec une hiérarchie, sous peine d'aboutir à des discordes mettant en jeu la communauté elle-même. « Einer muss Herr im Hause sein ». Là où pour des raisons économiques, le non-morcellement des héritages s'impose, il ne peut se réaliser d'une façon efficace que par la transmission intégrale, c'est-à-dire par l'Anerbenrecht. Buchenberger, *Grandzüge*, p. 90.

« mais on ne doit pas pour cela trouver à redire à tout ce qui ne répond pas absolument à l'idéal qu'on s'est forgé du paysan et l'on ne doit pas davantage pour cette raison toujours et sans réflexion avancer ou reculer à sa fantaisie l'aiguille de l'horloge législative ».

CINQUIÈME PARTIE

DE L'ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION SUCCESSIONALE FRANÇAISE EN GÉNÉRAL ET DE LA CRITIQUE DU CODE CIVIL EN PARTICULIER.

L'intérêt des études précédentes ne serait pas complet sans une comparaison rapide avec l'histoire de la législation de notre pays en matière successorale.

Au point de vue des régimes successoraux l'ancienne France se trouvait partagée en deux régions de caractères profondément distincts ;

Au Nord, dans les pays de coutumes, la succession de droit commun était la succession *ab intestat* ; le testament y était vu avec défaveur et n'y acquit que progressivement droit de cité : c'étaient les pays où les influences germaniques étaient les plus puissantes ; la propriété s'y trouvait fortement organisée au profit de la famille, et en conséquence le *nullum testamentum* de Tacite y était tenu pour une nécessité.

Le régime successoral *ab intestat* y variait selon la nature des biens, le régime applicable aux biens nobles et aux biens roturiers, aux biens acquis (conquêts) et aux biens de famille (propres) n'était pas le même. Mais à l'égard de tous, sauf des premiers (droit d'aînesse), c'étaient les principes de l'égalité entre héritiers qui prévalaient (1).

(1) Buchenberger, *Agrarwesen*, p. 381 ; Roscher, *Nationalökonomie des Ackerbaues*, § 92, notes 5 et 8 ; Charlemagne, *Revue de Berry*, mai, juin, juillet, août 1896 (*Du droit successoral des enfants au centre de*

Au Midi le régime des biens avait un caractère plus uniforme : c'étaient les principes du droit romain qui étaient reçus et le testament y avait une importance qu'il n'avait pas au Nord. Mais à défaut de disposition du testateur, ici pas plus que là, la transmission des biens ne s'opérait avec rupture d'égalité. Il était toutefois fréquemment fait usage de ce testament à l'aide duquel on réalisait une transmission analogue à celle que le Nord obtenait *ab intestat* par sa législation sur les biens nobles (1), et exceptionnellement sur les biens roturiers.

Cette législation anti-égalitaire était de date relativement récente (2). Le droit d'aînesse ne fut d'ailleurs pas accueilli partout en France (3) ; il fonctionnait de plus dans les successions qui y étaient soumises avec une force très inégale selon les régions ; les provinces qui ont subi la domination anglo-normande même d'une façon passagère (4) avaient une transmission intégrale plus fortement organisée que celles qui avaient été soustraites à cette influence (5).

Cette inégalité légale entre enfants n'était pas vue avec faveur ; nos vieux jurisconsultes la critiquaient en géné-

l'ancienne France et de la réforme du Code civil) ; on observait dans les familles aisées l'égalité la plus scrupuleuse dans les partages, p. 25 et sq., p. 39. Cf. Discours de Pasquier à la Chambre des Pairs en 1826 (Séance du 29 mars). *Archives parlementaires*, XLVI.

(1) Cpr. Violette, *Histoire du droit civil français*, p. 860.

(2) Cpr. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VII, ch. 16, § 8.

(3) Glasson, *loc. cit.* ; Brentano, *Gesammelte Aufsätze. Das droit d'aînesse unter der Restauration und seitdem*, p. 3.

(4) Cpr. Planiol, *L'Assise au comte Geffroy. Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XI, p. 132.

(5) Glasson, *loc. cit.* Voyez du même sur les deux systèmes d'aînesse système extensif dans les régions d'influence anglo-normande et système restrictif se bornant à un simple préciput tel que l'offrait la coutume de Paris, Conférence faite à la Société d'économie sociale, 1889. *Réforme, sociale*, 16 août 1889, pp. 212 et 213. Brentano, *op. cit.*, pp. 4 et 5 ; Klimrath *Etudes sur les coutumes. Revue de législation*, VI, p. 377 et seq.

ral (1) ; peut-être en pratique ne tenait-on pas compte de ces plaintes. Par divers procédés on arrivait à rompre l'égalité : on usait beaucoup en ce sens des renonciations à successions futures (2). Dans le Midi les pratiques d'aînesse étaient grâce au testament plus fréquentes que dans le Nord, l'exclusion des filles y était coutumière. A partir du XVI^e siècle une grande partie du sol français se trouvait vinculée au profit des hautes classes par le moyen des substitutions dont les dangers rendirent nécessaire à maintes reprises l'intervention législative. Au surplus toutes ces pratiques d'aînesse ne constituaient qu'une exception ; en 1826 lors de la discussion de la loi dite de Peyronnet, partisans et adversaires de la loi proposée s'accordaient à reconnaître que bon nombre de siècles avant la Révolution un droit successoral *ab intestat* égalitaire régnait sur les trois quarts de la France (3).

Survint la Révolution ; la loi du 15 mars 1790 supprima la succession spéciale aux biens nobles (4), la loi du 8 avril 1791 établit l'égalité dans les partages de toutes les successions (5). La Convention ne se contenta pas de l'égalité rétablie par la Constituante : elle voulut empêcher qu'elle ne fût rompue par la volonté du *de cujus* et créa à cet effet une réserve familiale qui portait atteinte à la liberté de

(1) Glasson, *Hist. du droit*, loc. cit., § 38. *Réforme sociale*, p. 214.

(2) Glasson, *Réforme sociale*, p. 216.

(3) *Archives parlementaires* (Mavidal et Laurent, 1826, pp. 507, 585 et 752).

(4) Les résultats de cette succession spéciale avaient attiré les colères du voyageur anglais A. Joung qui n'était cependant pas adversaire de la propriété aristocratique ; le mauvais état des terres du prince de Soubise lui avait arraché cette exclamation : « Si j'étais seulement pendant un jour le législateur de la France je ferais bien danser tous ces grands seigneurs. »

(5) La loi de 1790 avait été insuffisante pour assurer l'égalité des partages car il y avait dans certaines parties de la France un droit d'aînesse sur les biens roturiers. Cf. *suprà*, p. 606.

disposition du propriétaire. Telle fut l'œuvre du décret des 7-11 mars 1793 abolissant le droit de tester en ligne directe (1), des décrets du 7 brumaire et du 17 nivôse an II qui supprimaient presque complètement le droit de disposer à cause de mort et qui par divers traits montraient la volonté du législateur d'arriver à la pulvérisation du sol (2). Cette législation ne fut pas bien accueillie, d'autant plus qu'elle avait un effet rétroactif jusqu'au 14 juillet 1789 qui lui imprimait un caractère haineux rendant son application des plus difficiles (3). Le Directoire revint aux idées de modération : la loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800) restaura en partie le droit de tester, elle élargissait la quotité disponible en la fixant à une part d'enfant, sans qu'elle pût toutefois dépasser le quart de la succession ; le principe d'une réserve familiale au profit des collatéraux ne disparaissait pas encore. Le Code civil devait seul la supprimer.

La période révolutionnaire fut naturellement peu favorable aux substitutions, vu qu'à l'inégalité des droits successoraux que celles-ci favorisaient s'ajoutait une série de restrictions à la liberté d'aliéner qui ne cadrait pas avec le principe de la propriété émancipée qu'on avait adopté. Telle fut la portée des décisions de l'Assemblée législative (25 août 1792) et de la Convention (14 novembre 1792) (4).

Le principe fondamental du Code civil est la libre divisibilité du sol entre vifs et à cause de mort. L'individu sans descendants ni ascendants a une liberté de tester pleine et entière. L'égalité entre héritiers est pleinement reconnue sans que toutefois le *de cujus* soit empêché d'avantager

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 7.

(2) Préférence des collatéraux sur les ascendants, représentation à l'infini en ligne collatérale.

(3) Glasson, *Réforme sociale*, p. 218 ; Brentano, *op. cit.*, p. 8 ; Viollet, p. 876.

(4) Viollet, *op. cit.*, p. 881.

l'un d'eux aux dépens des autres, alors même qu'ils appartiendraient à la catégorie privilégiée des réservataires : c'est un droit qui fut reconnu par le législateur grâce à l'intervention énergique de Napoléon qui eut peut-être la pensée d'aller plus loin pour donner satisfaction aux jurisconsultes du Midi (1). « Plus on se rapprochera, disait Napoléon, des lois romaines dans la fixation de la légitime, moins on affaiblira le droit que la nature semble avoir confié au chef de famille. Le législateur en disposant sur cette matière doit avoir essentiellement en vue les fortunes modiques. La trop grande subdivision de celles-ci met nécessairement un terme à leur existence ; surtout quand elle entraîne l'aliénation de la maison paternelle, qui est pour ainsi dire le point central... (2). » Enfin le partage d'ascendant qui par suite d'erreurs jurisprudentielles constitue une des plus déplorables institutions de notre droit civil actuel était adopté dans l'œuvre nouvelle afin, d'après les termes de Bigot-Préameneu, « d'éviter les démembrements, de conserver à l'un des enfants l'habitation qui pourra continuer d'être l'asile commun, de réparer les inégalités naturelles ou accidentelles ». Le tribun Jaubert di-

(1) Le Play, *Organisation de la famille*, Tours, 1895, p. 77 et seq. Cpr. de Butenval, *Les lois de succession apprécées dans leurs effets économiques par les Chambres de commerce de France*, Paris, 1884, p. 37.

(2) De Butenval, *loc. cit.*, pp. 37 et 38, Rapport du Marquis de Maleville sur le projet de loi relatif aux successions et aux substitutions présenté à la séance de la Chambre des Pairs du 11 mars 1826. *Archives parlementaires*, p. 252.

Napoléon eut un moment la pensée de faire porter le calcul de la légitime « non pas sur le nombre des enfants mais sur la quotité de la succession et d'accorder au père la disposition de la moitié de ses biens pour toute succession n'excédant pas 100.000 francs et au-dessus de cette limite de fixer la quotité disponible à une part d'enfant. Dans ce système, disait-il, vous laissez une latitude au père, — et vous conservez les petites fortunes tout en empêchant qu'il s'en forme de trop considérables. »

sait en parlant des articles 1075 et seq. : « Cette partie de la loi sera aussi un grand bienfait. Seule elle justifierait le droit accordé au père de disposer d'une quotité. » Les substitutions demeuraient abolies ; elles n'étaient permises que dans certains cas exceptionnels par les articles 1048 et seq. et constituaient sous la forme qui leur était donnée un équivalent incomplet de l'ancienne exhérération *bona mente* (1).

La législation napoléonienne ultérieure devait chercher à rompre l'égalité successorale établie par le Code civil. « Le 25 avril 1804 Napoléon avait été élu empereur des Français. Pour se fortifier et accroître l'éclat de sa nouvelle cour il entourait son trône d'un état-major de grands dignitaires qu'il chercha à lier à ses intérêts en leur conservant de gros revenus. Il alla encore plus loin dans l'exécution de son rêve romantique d'empire : il voulait renouveler la noblesse féodale de l'ancien régime pour assurer à sa maison impériale nouvellement fondée dans des familles qui lui fussent dévouées d'une façon durable un appui permanent (2). » Il fallait toutefois agir avec prudence et ne pas froisser les sentiments égalitaires propres à la grande masse des Français. Ce fut sous le couvert d'un dédommagement à la princesse Pauline Borghèse que Napoléon introduisit en France l'institution qu'il désirait. « Il commença, selon son expression favorite, par un petit bout de loi (3). » Il avait concédé à sa sœur par l'acte du 30 mars 1806 le Duché de Guastalla ; celle-ci en fit cession avec l'autorisation impériale au royaume d'Italie. Le Sénatus-Consulte du 14 août 1806 permit à la cédante de se dédommager en France à l'aide de biens qui seraient soumis au même régime juridique que le Duché de Guastalla. Le même

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, VII, § 696 note 1.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 20.

(3) Brentano, *op. cit.*, p. 21.

acte décidait qu'au cas où l'empereur permettrait l'échange des biens situés en dehors de France constituant la dotation (1) de certains dignitaires avec des biens situés dans l'empire, ceux-ci devraient avoir la même qualité que les premiers. L'article 5 permettait à l'empereur d'accorder à un chef de famille le droit de transmettre par voie de substitution et d'après les règles de la primogéniture les biens servant à la dotation d'un titre héréditaire. « Cependant tous les biens analogues qui se trouvaient sur le sol français ne conféraient aucun droit ou privilège à l'égard d'autres sujets français de l'empereur ou vis-à-vis des biens de ceux-ci (2). » L'œuvre fut complétée par les décrets des 1^{er} mars 1808, 24 juin 1808, 22 décembre 1812 ; le préambule du décret du 1^{er} mars 1808 énonçait les motifs de l'innovation.

« L'objet de cette institution a été non seulement d'entourer notre trône de la splendeur qui convient à sa dignité, mais encore de nourrir au cœur de nos sujets une louable émulation, en perpétuant d'illustres souvenirs, et en conservant aux âges futurs l'image toujours présente des récompenses qui, sous un gouvernement juste, suivent les grands services rendus à l'État. » Le mot substitution avait été évité avec soin pour ne pas réveiller certaines susceptibilités.

Pour bien marquer l'importance attachée à la législation nouvelle, l'empereur avait lors de l'édition de 1807 du Code ajouté un alinéa faisant mention de l'exception apportée au droit commun contenu dans l'article 896. A l'époque même de la création des premiers majorats, Napoléon donnait à sa pensée l'expression la plus complète dans une lettre restée fameuse adressée au roi Joseph :

(1) Il s'agissait des grands fiefs créés en vertu du droit de conquête en Italie par l'acte du 30 mars 1806.

(2) Brentano, *op. cit.*, p. 21.

« Etablissez le Code civil à Naples, disait-il, tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années, et ce que vous voulez conserver se consolidera. Voilà le grand avantage du Code civil. Il faut établir le Code civil chez vous ; il consolide votre puissance, puisque, par lui, tout ce qui n'est pas fidéicommis tombe, et qu'il ne reste plus de grandes maisons que celles que vous érigez en fiefs. C'est ce qui m'a fait prêcher un Code civil et m'a porté à l'établir (1). » Cette lettre a eu tous les honneurs, même celui d'être défigurée comme une légende (2) ; on l'a invoquée en France et en Allemagne contre l'œuvre du Code civil. Il n'est pas d'observation sur la législation successorale française où elle ne figure (3). Ces lignes n'ont pas l'importance qu'on leur a attachée. Indépendamment de ce fait que le Code civil n'a pour la plus grande partie de la France nullement introduit le partage égal, qu'il n'est que la consécration d'une évolution antérieure, la lettre, ainsi que l'a montré M. Brentano, a seulement en vue les grandes fortunes et les fortunes des nobles, qui n'avaient rien appris ni rien oublié, ce que l'expérience allait montrer sous la Restauration (4). Cette lettre n'est pas la

(1) Lettre du 5 juin 1806. Correspondance de Napoléon I^{er}, XII, p. 432. Paris, 1863. Mémoires du roi Joseph II, 275. Paris, 1853.

(2) Cpr. Brentano, p. 23, note 2.

(3) Cpr. Sering, *Réunion de Vienne*, p. 308.

(4) Cpr. ce qui fut dit dans la discussion sur les substitutions au Conseil d'Etat. « On ne peut se dissimuler que les substitutions avaient été inaugurées pour conserver aux grandes familles leur éclat... Si ces familles étaient précisément attachées au gouvernement il serait sans doute utile de leur donner les moyens de se conserver, elles seraient l'appui de l'Etat... Mais comme il est difficile de se faire illusion à cet égard... Napoléon disait lui-même dans la lettre citée : « Mon frère je veux avoir à Paris cent fortunes, toutes s'étant élevées avec le trône et restant seules considérables, puisque ce ne sont que des fidéicommis, et que ce qui ne sera pas elles par l'effet du Code civil va se disséminer ». Napoléon voulait éviter la constitution d'une aristocratie trop puissante et disposée à l'indépendance à l'égard du régime autoritaire qu'il avait fondé.

seule adressée en ce sens de Napoléon au nouveau roi de Naples : dès le 8 mars 1806 l'empereur manifestait l'intention d'installer un certain nombre de familles françaises dans le royaume de Naples, de les doter richement, en vue de fortifier suffisamment son influence et de rendre ainsi inutile au delà des monts la présence d'une armée française. Il manifestait la même pensée à l'égard du Piémont, de l'Italie et de Parme (1).

Que le Code civil n'eût produit à l'époque de la chute de l'empire que de bons effets, c'est ce qui résulte des premières constatations du régime nouveau lui-même (2). L'aliénation des biens nationaux avait eu sa part d'influence (3), mais celle bienfaisante du droit successoral n'était pas méconnue. Dès les premières années de la Restauration il y eut à diverses reprises de la part du duc de Levis (4) à la Chambre des Pairs plusieurs motions en fa-

(1) Cpr. Lettres du 31 mars, du 11 avril de la même année dont la lettre du 5 juin n'est, d'après M. Brentano, « que la répétition sous une autre forme ». *Op. cit.*, p. 24.

(2) Cpr. adresse de la Chambre des Pairs au roi à la date du 29 juillet 1814 et la déclaration du premier ministère constitué par Louis XVIII. Brentano, *op. cit.*, p. 38.

(3) Il est assez difficile de se faire une idée de l'influence de l'aliénation des biens nationaux sur la répartition du sol français au début de ce siècle : favorisa-t-elle le morcellement de la propriété dont les paysans auraient pris leur part ; la question est des plus discutées. En faveur de l'affirmative M. Lontschisky, *La petite propriété en France avant la Révolution et la vente des biens nationaux*. Cpr. par exemple, p. 125. En sens contraire Minzer, *Die Nationalgüterveräußerung während der französischen Revolution mit besonderer Berücksichtigung* du département de Seine-et-Oise, *Staatswissenschaftliche Studien* d'Elster. L'auteur fait remarquer qu'en poursuivant un but financier par l'aliénation de la grande propriété française, les Assemblées révolutionnaires purent difficilement réaliser une pensée sociale. Je crois toutefois que les conclusions de l'auteur sont excessives. Le grand rôle qu'a joué la bourgeoisie dans l'acquisition des terres dans le district de Versailles étudié par l'auteur me paraît tenir au voisinage de Paris. Dans tous les cas il y eut des reventes ; le paysan paya l'intermédiaire.

(4) Brentano, pp. 38, 52, 53.

veur de l'établissement de majorats sans titres : le duc manifestait des craintes, craintes surtout théoriques, de voir tomber en poussière le sol français et voulait prévenir ce résultat qu'il jugeait fâcheux au point de vue économique.

Ce fut surtout lorsque les ultras eurent le monarque de leurs vœux, Charles X, que la pensée d'une réforme du droit successoral français se fit jour (1). Le discours du Roi aux deux Chambres lors de la séance d'ouverture de la session de 1826 (31 janvier 1826) contenait le passage suivant (2) : « La législation doit pourvoir par des améliorations successives à tous les besoins de la société. Le morcellement progressif de la propriété foncière, essentiellement contraire aux principes du gouvernement monarchique, affaiblirait les garanties que la Charte donne à mon trône et à mes sujets. » Puis en des termes vagues, sans préciser le sens des réformes projetées, le Roi ajoutait que des moyens seraient proposés « pour rétablir l'accord qui doit exister entre la loi politique et la loi civile et en vue de conserver le patrimoine des familles sans restreindre cependant la liberté de disposer de ses biens. La conservation des familles, ajoutait-il, amène et garantit la stabilité politique qui est le premier besoin des États et qui est surtout celui de la France après tant de vicissitudes. » La réponse dans l'adresse de la Chambre des Pairs contenait le passage suivant qui eût été une indication pour tout autre que le gouvernement d'alors : « Nous sentons aussi combien il importe de coordonner la loi politique

(1) Une ordonnance royale du 25 août 1817 avait déjà décidé que nul ne pourrait entrer à la Chambre des pairs sans avoir préalablement constitué un majorat ; on fixait le taux de la rente du bien selon le titre du membre de la Chambre haute. La légalité de cette ordonnance fut mise en discussion, la charte ayant dit que le Roi pouvait nommer les pairs à sa volonté ; l'ordonnance semblait apporter une limitation à la liberté du monarque. Brentano, *op. cit.*, p. 49 et sq.

(2) Cpr. *Archives parlementaires*, p. 1826, t. 45, p. 732.

avec la loi civile, d'après les règles les plus conformes à nos mœurs, les plus analogues à l'ordre établi et surtout sans restreindre la liberté des pères de famille » Le Roi dans son discours n'avait fait que cette dernière restriction. Dès le 9 février 1826 le comte de la Bourdonnaye, auteur d'une proposition de loi sur le rétablissement du droit d'aînesse dans les familles de Pairs, constatait les inquiétudes que la perspective du rétablissement indéfini du droit d'aînesse avait fait naître dans le pays. Le député de l'Aisne, général Sebastiani, s'élevait avec violence contre l'annonce d'un projet de loi; il y voyait un « attentat fatal à cette égalité proclamée par la Charte; projet éclos dans le cerveau débile de quelques hommes incapables d'en calculer les effets et les conséquences... Seriez-vous las, disait-il, de cette tranquillité intérieure dont vous ne devez le bienfait qu'à la division des propriétés, source féconde de prospérité et de vie que vous allez suspendre et arrêter? Regretteriez-vous ces prolétaires remuants et audacieux, instruments toujours dociles de l'ambition et de la révolte? »

A la séance du 10 février 1826 le garde des sceaux de Peyronnet présentait le projet de loi à la Chambre des Pairs. Aux termes de l'article 1^{er} « Dans toute succession déférée à la ligne directe descendante et payant 300 francs d'impôt foncier si le défunt n'a pas disposé de la quotité disponible, cette quotité sera attribuée à titre de préciput légal au premier né des enfants mâles du propriétaire décédé. — Si le défunt a disposé d'une part de la propriété disponible le préciput légal se composera de la partie de cette quotité dont il n'aura pas disposé. — Le préciput légal sera prélevé sur les immeubles de la succession, et, en cas d'insuffisance, sur les meubles. » — D'après l'article 2 « les dispositions des deux premiers paragraphes de l'article qui précède cesseront d'avoir leur effet lors-

que le défunt en aura formellement exprimé la volonté par acte entre vifs ou par testament ». Enfin l'article 3 étendait la faculté de substituer; les substitutions se trouvaient désormais permises entre toutes personnes : la charge de rendre pouvait être établie au profit des descendants du donataire ou légataire jusqu'au deuxième degré inclusivement. Enfin il n'était plus nécessaire que la charge de restitution fût établie au profit de tous les enfants nés ou à naître du grevé (1). En matière de substitution comme en matière de succession *ab intestat* on ouvrait la porte au droit d'aînesse.

A l'appui du projet de loi le garde des sceaux faisait valoir que la division indéfinie de la propriété foncière était essentiellement contraire aux principes du gouvernement monarchique ; un gouvernement monarchique doit avoir des appuis dont la nature convienne à la sienne. On ne peut rien fonder sur l'homme isolé « dont l'existence physique est trop courte et dont l'existence morale l'est plus encore » ; une monarchie a besoin de privilégiés « pour que les choses qu'on y introduit soient stables et conformes à sa nature il faut qu'elle soit fondée sur une succession d'hommes toujours animés des mêmes sentiments et dirigés par des sentiments d'une même sorte ». Cette succession nécessaire se trouvera dans la famille, mais pour la fonder les mœurs sont insuffisantes ; il faut recourir à la loi en prévenant le morcellement des propriétés, en favorisant la conservation des patrimoines, en prolongeant la possession de la terre, « la seule chose qui puisse avoir parmi nous de la fixité et de la durée ». Puis le ministre insistait sur les inconvénients du morcellement. La division des terres détruisait la famille, elle désagrégeait un des éléments importants de la monar-

(1) Aubry et Rau, VII, § 697.

chie censitaire, « où la participation aux affaires publiques (électorat, éligibilité) dépendait de l'étendue des propriétés. On risquait par le seul effet du temps de ne plus trouver ni électeurs ni éligibles », « il n'y a plus d'éléments que pour la monarchie absolue et pour la République ». Il ne fallait pas argumenter de la reconstitution possible des fortunes par l'effet du commerce et de l'industrie, « l'égalité des partages qui est perpétuelle et universelle a plus d'activité mille fois pour diviser et dissoudre que notre industrie pour réunir et pour constituer ». Le commerce et l'industrie étaient d'ailleurs suspects : la prospérité d'une monarchie dépendait de la prédominance de la propriété foncière, « la propriété foncière favorise la monarchie, la propriété mobilière incline comme à son insu, à favoriser la République » (1).

Les lois alors en vigueur étaient insuffisantes, d'après le Garde des sceaux, pour réaliser le but que l'on se proposait. Les majorats ne constituaient qu'une faible ressource ; ils étaient réservés aux familles titrées, pouvaient d'ailleurs être constitués en rentes : ils n'étaient propres « qu'à maintenir les grosses fortunes déjà étendues, non à favoriser l'accroissement progressif des fortunes médiocres qui tendent à le devenir ». La quotité disponible du Code civil n'offrait qu'un remède inefficace. « Ce n'est pas, disait de Peyronnet, que nous prétendions qu'on doive en augmenter l'étendue..., elle nous a toujours paru fixée d'une manière très sage et très équitable ». Il était vrai que la quotité disponible ne se prélevait pas exclusivement sur les biens fonciers : mais là n'était pas l'inconvénient, « l'inconvénient véritable, l'inconvénient essentiel, celui qui rend la loi illusoire et inefficace, c'est que la disposition du père de famille soit nécessaire pour que la quotité pré-

(1) Cpr. Brentano, *op. cit.*, p. 50.

cupitaire puisse être prélevée dans sa succession. On donne peu la quotité disponible parce qu'il faudrait prendre la résolution et le soin de la donner ; on ne nie pas que cela ne fût bon pour l'Etat et la famille ; on serait même satisfait que cela se fit ; mais sans sa participation et sa volonté... On se plaint des lois qui ont affaibli la puissance paternelle et on néglige ce que ces lois en ont conservé, on craint les reproches et presque l'aversion de sa famille en travaillant à lui assurer une existence heureuse et durable. En un mot, messieurs, c'est dans les mœurs plutôt que dans les lois qu'est le mal ». Il fallait donc corriger les mœurs par les lois (1).

Les substitutions n'étaient qu'un « simulacre », elles ne pouvaient porter que sur la quotité disponible, elles étaient applicables à deux sortes de donateurs seulement et leur effet ne pouvait s'étendre au delà du 1^{er} degré en comprenant obligatoirement toutes les personnes qui y étaient placées. La véritable substitution avait un but de conservation sociale, celle du Code ne voulait qu'éviter les conséquences fâcheuses de la dissipation des grevés. De là, le garde des sceaux passait à l'examen des propositions de réforme antérieures au projet. L'extension de la quotité disponible était insuffisante ; d'ailleurs pourrait-on inciter le père de famille à user de son disponible en augmentant l'inégalité qui en résulte. Les majorats sans titre étaient une disposition portant sur la quotité disponible avec un fidéicommiss en plus. « Comment se flatter que ceux qui refusent d'user d'un droit moins pénible et moins rigoureux montrent plus d'empressement à profiter d'un droit dont les effets doivent être d'imposer plus de contrainte à leurs héritiers et de perpétuer la durée de cette inégalité qu'on craint d'établir ? »

(1) Cpr. Brentano, *op. cit.*, p. 387.

En conséquence le gouvernement proposait tout en respectant la liberté de tester, en tenant compte de l'égalité désirée par les mœurs, de « déplacer la faculté » de disposition des propriétaires, de suppléer par la disposition de la loi à celle de l'homme, en permettant toutefois à l'homme de substituer sa volonté à celle de la loi. En l'absence de disposition de dernière volonté la loi *ab intestat* devait être inégalitaire dans certaines familles, car « à défaut de donation ou de testament l'ordre légal des successions doit toujours être celui qui convient le plus à la société ». Ce n'était pas d'après le ministre rétablir l'ancien droit d'aînesse ainsi qu'on affectait de le répéter : la loi proposée différait de l'aînesse de l'ancien droit qui reposait sur les privilèges personnels et sur des distinctions de biens. L'ancien droit d'aînesse était souvent excessif (coutumes de St-Quentin, de Noyon) : ce reproche n'atteignait pas le droit d'aînesse proposé. L'aîné acquérait autrefois son droit *invito patre*, avec le projet de loi on pouvait à tout moment rétablir l'égalité entre enfants. « En un mot remplacer le droit par la faculté et la faculté par le droit, substituer l'inégalité légale à l'égalité légale et l'égalité facultative à l'inégalité facultative tel est encore, l'on n'en peut douter, l'un des moyens les plus naturels, les plus simples, les plus efficaces de favoriser la conservation des biens fonciers ». Avec le projet il y aurait de la stabilité sans concentration excessive ; « en un mot il y aurait assez de pouvoirs et d'obstacles, assez de facilité et de gêne, assez de garanties et de liberté ». Comme on l'a dit, c'était « un article du Code retourné » (1).

Le projet fut très mal accueilli par l'opinion (2). Pamphlets, brochures, pétitions, attaques dans les journaux, tout fut mis en œuvre pour arrêter la discussion du projet ;

(1) Pasquier, *Mémoires*, VI, p. 55.

(2) Pasquier, *op. cit.* ; Brentano, p. 70.

on combattait la loi moins pour elle-même que pour les arrière-pensées qu'elle renfermait (1), c'était une occasion de manifester contre un régime qui déplaisait (2).

Le 11 mars 1826 le marquis de Maleville faisait son rapport sur le projet (3) et constatait que la Chambre des Pairs avait reçu à l'occasion de la loi bon nombre de pétitions. Le rapporteur rappelait que la mobilisation du sol antérieure d'après lui à la Révolution n'avait fait que s'accroître (4) depuis, au cours des événements politiques en dépit de quelques sages dispositions du Code civil, notamment sur les partages d'ascendants. Le travail spontané de recomposition ne compensait pas le travail de décomposition auquel les « bandes noires » prenaient une part active. Jusqu'ici le morcellement n'avait pas eu de mauvais effets. « L'acquisition des propriétés par le peuple des campagnes a été un lien très fort pour l'attacher à son état et à ses foyers. Elle a contribué à le rendre paisible, à le garantir de certaines séductions » (5). Mais la limite se trouvait peut-être dépassée, on aboutissait à une pulvérisation du sol peu favorable à la culture et à la prospérité générale. On invoquait l'exemple de l'Angleterre qui avait supprimé la coutume saxonne du « Gavelkind (6) ».

(1) A la séance du 4 avril 1826, le duc de Broglie s'écriait : « Ce qui se prépare ici c'est une révolution sociale et politique, une révolution contre la révolution. » L'orateur avait déjà dit : « On veut créer une corporation d'hommes qui débarrassés par la loi du soin des affaires privées, débarrassent à leur tour la nation du soin des affaires publiques. »

(2) Brentano, *op. cit.*, pp. 71 et 100. Cpr. sur l'état d'esprit Lavissee et Rambaud, *Histoire générale*, X, pp. 129, 429, ch. XI, rédigé par M. Chénou.

(3) *Archives parlementaires*, t. 46, p. 252.

(4) Le père de famille, excepté dans quelques provinces méridionales, avait d'après le rapport rarement usé de la faculté d'avantager un de ses enfants. Sur 1081 testaments reçus à Paris en 1825, 147 renfermaient une disposition de la quotité disponible, 59 au profit d'enfants, 88 au profit d'étrangers.

(5) Cpr. également Brentano, *op. cit.*, p. 39.

(6) Dans toute cette discussion il ne fut pas question d'Anerbenrecht,

Le marquis de Maleville insistait sur les inconvénients politiques qu'il croyait voir dans le morcellement, s'appuyait sur l'autorité de Montesquieu (1) ; le discours sur l'économie politique de J.-J. Rousseau fut également mis à contribution pour prouver les inconvénients qui résultent de la mobilité des fortunes. On appuyait sur ce fait que le projet de loi n'imposait rien : le préciput légal ne portait atteinte ni au droit de propriété ni au droit de la nature ; le droit successoral étant de pur droit positif.

Sur ce point les ultras étaient en complet accord avec les philosophes du XVIII^e siècle (2) et les constituants ; M. de Robespierre (3) et M. de Peyronnet se rencontraient, mais avec des intentions sensiblement différentes !

Le projet de loi d'après le marquis de Maleville ne porterait pas atteinte à l'esprit de famille ainsi que le soutenaient ses adversaires. Le père ne serait pas tourmenté par les puînés en vue d'être amené à faire un testament rétablissant l'égalité, ni empêché par l'aîné d'en faire un. Les arguments avaient déjà été employés pour écarter la quotité disponible du Code civil sans succès, « c'est dans les provinces où l'usage de disposer d'une partie des biens en faveur de l'un des enfants est le plus généralement suivi qu'on trouve encore le plus d'union et d'harmonie dans les familles ». Des dispositions testamentaires, de l'harmonie dans les familles, quelle était la cause, quel

les regards des réformateurs étaient tournés du côté de l'Angleterre. L'anglomanie régnait alors et se traduisait sous les aspects les plus divers, depuis les questions de mode jusqu'aux solutions données aux problèmes les plus graves de la constitution sociale.

(1) *Esprit des lois*, liv. V, ch. 9 et 10.

(2) Montesquieu, liv. XXVI, ch. 6. Rousseau, *Discours sur l'économie politique*, ch. 2, §§ 8 et 18. Cpr. Brentano, *op. cit.*, pp. 56 et 57.

(3) A la séance du 30 mars 1826 le baron de Barante critiqua la théorie du droit de succession exposée par le gouvernement, en faisant remarquer que Mirabeau avait la même théorie. On trouve une critique analogue dans le discours du comte Siméon (séance du 31 mars 1826).

était l'effet ? C'est un point sur lequel Maleville prudemment ne s'expliquait pas ; il ne semblait pas voir que c'était l'esprit de discipline régnant dans les familles qui faisait admettre des membres réduits dans leurs droits des dispositions avantageuses au profit d'un seul (1). Le rapporteur se demandait si les mœurs de la nation rendraient la loi inutile : « les mœurs sont incontestablement en faveur de l'égalité dans une grande partie de la France ». Il était fait peu usage il est vrai de la quotité disponible, mais parce que celle-ci n'était pas un moyen de conserver les fortunes ou d'empêcher le morcellement : c'était une sanction de l'autorité paternelle, « or la plupart des pères et mères heureusement n'ont pas toujours des discordes à punir et ils ne pourraient décerner des récompenses particulières à l'un de leurs enfants sans s'exposer à être injustes envers les autres. « En maintenant l'égalité les parents ne font qu'observer le vœu de la loi, mais si la loi change, les résultats changeront aussi. » On rencontre çà et là des dispositions favorables à l'aînesse dans les pays de droit écrit ; aussi la loi de nivôse n'a jamais été populaire dans ces régions ; d'après une assertion de Boullay de la Meurthe et de Regnault de St-Jean-d'Angély lors de la discussion du Code elle n'y aurait même jamais reçu exécution.

Le marquis de Maleville répondait ensuite à une objection qui se présentait tout naturellement à l'esprit.

(1) Maleville disait : « On ne voit pas pourquoi l'inégalité causerait plus de trouble dans le système où le père pourrait la faire cesser que dans celui où il pourrait l'établir. Il semble même que créée par la loi elle devrait faire naître moins de disputes. » Il oubliait qu'on accepte d'un père ce que l'on n'accepte pas de la loi : c'est une constatation fréquemment faite au cours des différentes enquêtes successorales allemandes dans les régions d'Anerbenrecht que les frères et sœurs abandonnés à eux-mêmes sont moins disposés à accorder à l'Anerbe les avantages qui lui sont reconnus par la coutume.

Le morcellement présentait de l'inconvénient surtout pour les petits patrimoines et c'était à eux que la loi ne s'appliquait pas. « La majorité de la commission a pensé comme les auteurs du projet qu'une loi toute politique ne devait point intervenir dans les successions d'une classe que la médiocrité de leur fortune rend étrangers aux éléments du Gouvernement représentatif. Elle a pensé d'ailleurs qu'il y aurait une sorte d'injustice ou d'inhumanité à prélever un préciput légal dans les successions de cet ordre, que là où il n'y a que du strict nécessaire le partage doit naturellement être égal ; que là, du moins, le père de famille seul doit ordonner et qu'on ne saurait équitablement lui imposer la charge de faire un testament pour laisser du pain à chacun de ses enfants. »

Ce que l'on voulait avant tout, du moins dans la forme, ce n'était pas tant maintenir une aristocratie que le pays légal, électeurs et éligibles dont les volontés représentaient alors constitutionnellement les volontés de la France (1). La commission chargée de l'examen du projet de loi avait proposé plusieurs amendements entre autres l'un conçu dans les termes suivants : « Le préciput sera prélevé sur les immeubles de la succession de manière à les morceler le moins possible et en cas d'insuffisance sur les biens meubles. » Elle proposait encore l'addition à l'article 2 du paragraphe suivant témoignant de son désir de respecter le plus possible la volonté du *de cuius* « quand même ces actes seraient annulés sur la demande du premier né ou de ses ayants cause mais pour de simples vices de forme ». Le rapporteur terminait en recommandant la partie du

(1) Le minimum de 300 francs d'impôt foncier exigé représentait 2000 fr. de revenu « sans calculer les ressources de la fortune mobilière ou immobilière de l'autre ascendant... Cette fortune est suffisante pour procurer à ceux qui la possèdent les sentiments patriotiques et les lumières qu'exige leur position ».

projet de loi relative aux substitutions et concluait en disant : « Il ne s'agit pas de rendre la société stationnaire, mais d'en régler le mouvement. »

A la séance du 24 mars 1826 (1) le comte Molé parla contre l'adoption du projet de loi. Celui-ci donnait au hasard d'après lui ce que le Code civil confiait au discernement paternel. L'orateur déniait toute portée à l'exemple invoqué de l'Angleterre dont les conditions politiques économiques et sociales étaient toutes différentes de celles de la France. Il n'y avait pas lieu de craindre la disparition des électeurs et des éligibles, car « les fortunes mobilières ne manquent jamais de se résoudre en fortunes territoriales » ; au surplus les mariages ne rendent-ils pas tout aussitôt ce que l'égalité des partages vient d'ôter. Le

(1) *Archives parlementaires, op. cit.*, p. 439. Il y eut à cette séance le rapport de M. de Maléville sur les pétitions relatives au projet de loi : 41 avaient été déposées dont la plus grande partie venait de Paris et de l'ancienne province de Normandie. Au total 5663 signatures. L'une d'entre elles demandait la création d'hospices pour les cadets. Le comte de Franchieu hostile au projet de loi se prononçait en faveur de la liberté de tester. Brentano, *op. cit.*, pp. 70 et 109. Maleville répondait aux objections que soulevait la rupture de l'égalité en invoquant la nécessité de l'affermissement des institutions qui devait l'emporter « sur quelques vaines délicatesses, sur quelques froissements individuels ». Il ajoutait répondant à un nouveau reproche fait au projet : « Si la charte était violée par la loi proposée, on pourrait dire qu'elle le serait aussi par les lois qui refusent aux enfants naturels les avantages accordés aux enfants légitimes, peut-être même par celles qui excluent les femmes des magistratures ». L'identité de rédaction et d'écriture que présentaient certaines pétitions datées toutefois de lieux différents semblait éveiller les soupçons du rapporteur sur la spontanéité des objections faites. A la même séance les partisans du projet de loi faisaient une observation qui ne laissait pas que d'atteindre la bourgeoisie hostile au projet sous prétexte d'égalité proclamée par la charte. « Je pourrais récriminer, disait le comte de St-Roman, et dire que, lors de la première loi sur les élections et encore plus évidemment lors de la loi sur le recrutement, les opinions les plus scrupuleuses, ce semble, sur la conservation rigoureuse du texte de la charte, savaient cependant en étendre le sens lorsque le bien public leur paraissait y être intéressé. »

gouvernement voulait changer les mœurs par les lois, « changer les mœurs par les lois est une entreprise plus généreuse que facile ».

D'autres (1) insistaient sur les contradictions du projet. La loi était nécessaire et cependant on pouvait l'éluder, elle avait pour but d'améliorer les mœurs et cependant elle n'était pas impérative. N'était-il pas à craindre que les mœurs n'entraînaient la loi ? Le projet reposait sur une supposition, le morcellement de la propriété foncière, mais le gouvernement n'en donnait aucune preuve (2). L'absence de disposition de la part du père de famille est la preuve de l'égalité que celui-ci a voulu maintenir entre ses enfants, la loi y voit à tort la marque du contraire ; c'est aller à l'encontre des présomptions naturelles. La famille se maintient bien davantage par l'union de ses membres, par les moyens de prospérité et de conservation laissés à tous. « Placé dans l'alternative d'être accusé d'injustice par les uns ou par les autres, le père de famille n'aurait plus que la triste certitude de ne pas laisser une mémoire également chère à tous ses enfants, également respectée de tous. Inutile pour les grandes familles qui pratiquent le testament, la loi serait dangereuse pour les familles moins opulentes, qui ne le pratiquent pas. » Il ne fallait pas invoquer l'exemple de l'Angleterre, « ce pays ne fait pas sa loi des successions, il la subit » (3). A la séance

(1) Comte Roy.

(2) Le reproche fut plusieurs fois renouvelé au cours des débats. Le comte de Villèle, ministre des finances et président du conseil y répondit enfin à la séance du 3 avril 1826 en faisant remarquer que les documents étaient inutiles, le morcellement étant assez évident. Il s'appuyait sur les doléances des conseils généraux (composés de grands propriétaires) et se justifiait de n'avoir pas publié de documents « pour ne point faire œuvre de charlatanisme ».

(3) On invoquait la prospérité du comte de Kent où la pratique du « gavelkind » était restée en vigueur. On faisait valoir en outre que la

du 24 mars 1826 (1), Pasquier disait « avec ou à côté de l'égalité des partages ce qu'il y a de plus naturel au monde c'est la plus grande extension donnée à la volonté du père. Mais une fois qu'on sort de l'égalité ou des effets de la volonté paternelle, du moment où on arrive à mettre à leur place la volonté d'une loi quelconque, on est obligé pour faire accepter cette loi de prouver qu'elle est non seulement utile, mais même indispensable au maintien et à la prospérité de la société. » Or cette preuve le gouvernement ne la fournissait pas. Pasquier faisait ensuite allusion aux dangers que courait l'immense masse donnée en Angleterre aux travaux industriels en cas de « guerre malheureuse » ou en présence d'une « habile rivalité ». Il insistait sur les excellents effets de la multiplication du nombre des propriétaires au point de vue de la paix sociale. « Les circonstances ont-elles manqué où il a été démontré que la classe populaire s'est trouvée plus difficile à remuer de 1800 à 1825 qu'elle ne l'avait été par exemple de 1764 à 1792 ? » Il faisait allusion au grand nombre de vagabonds et de gens sans aveu qui existaient en France avant la Révolution (2). Si le licenciement de l'armée fut facile en 1815 cela tenait, d'après l'orateur, aux débouchés que la petite propriété offrait à tous ces hommes vigoureux. D'ailleurs, disait-il, « ce qu'il importe de remarquer c'est que toujours les législations qui ont régi soit la matière des fiefs

taxe des pauvres faisait payer cher à la grande propriété anglaise l'excès de sa concentration.

(1) *Archives parlementaires*, op. cit., p. 474.

(2) Les plus belles parties de notre empire colonial nous avaient été ravies à la fin du XVIII^e siècle ; l'émigration « cette soupape de sûreté » sur les pays d'outre-mer s'en trouvait entravée. Cpr. rapport de M. Pauliat au Sénat, au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi concernant la constitution de compagnies privilégiées de colonisation. *Documents parlementaires*, Sénat. Session ordinaire de 1898. *Annexes*, n° 230, ch. 9.

soit celle des substitutions ont pris la société dans un état de fait... mais aucune législation n'a eu la prétention de créer, de changer la situation sociale ». C'est que partout on a cherché à établir un utile accord entre les lois, les faits existants et les mœurs. » A Dieu ne plaise que je nie qu'il y ait action et réaction des lois et des mœurs les unes sur les autres ! Mais j'observerais cependant qu'il n'y a guère d'exemples que les mœurs n'aient pas précédé les lois ou ne les aient en quelque sorte dictées. » Elles ont parfois maintenu celles-ci au milieu des circonstances les moins favorables ; les colonies émancipées d'Amérique se sont en matière successorale « inclinées sous le joug des mœurs » « quoiqu'ayant secoué le joug politique ».

La loi proposée rompait avec les traditions historiques d'une grande partie de la France, accentuées encore par la Révolution. L'article 1^{er} du projet de loi disposait pour une plus grande quantité de personnes et de familles que ne le faisait la loi féodale (1). Pasquier réclamait le partage d'ascendants plus respectueux de la volonté du père de famille. « Je ne verrais pas d'inconvénients, disait-il, à ce qu'on affermit le pouvoir des ascendants, de telle manière qu'il leur fût toujours loisible, en se renfermant dans la quotité dont ils peuvent disposer, de composer spécialement un des lots avec leur propriété foncière, en rejetant dans les autres lots toute leur propriété mobilière ».

Le comte de Peyronnet répondait : « Les mœurs inclinent à l'égalité des partages, vous en convenez, nous dit-on, et cependant vous faites une loi d'inégalité ! Les lois doivent être l'expression des mœurs, abus de mots, jeu puéril de style et d'esprit ! On a dit avec autant de justesse que de précision que les lois doivent être l'expression des besoins

(1) 60.000 familles étaient atteintes ; d'après les évaluations de Pasquier il n'y avait avant la révolution que 18.000 familles nobles. Cpr. Brentano, *op. cit.*, p. 27.

de la société. C'est qu'en effet, comme on ne doit porter de lois que lorsqu'elles sont nécessaires, les lois sont la preuve vivante de la nécessité qui les a fait établir... J'accorde que les lois puissent être l'expression des mœurs, mais par leur opposition et non par leur conformité avec elles. » Le ministre insistait sur la nécessité de répandre et de généraliser dans la nation l'esprit de famille, de fixer les fortunes et de « refréner l'esprit d'inquiétude et de turbulence d'individualité qui domine encore parmi nous ». Il insistait encore sur cette proposition que Pasquier a qualifiée dans ses mémoires de « malsonnante (1) » : « C'est de la loi civile et non du droit naturel que procèdent les successions (2). »

A la séance du 30 mars 1826 le vicomte Lainé (3) montrait que les adversaires du projet de loi n'étaient pas admirateurs systématiques du Code civil en protestant contre les mauvais effets de l'application de l'article 832 du Code. C'était à la réforme de celui-ci qu'il fallait s'attacher. Le vicomte Lainé après Pasquier proposait mais avec timidité l'établissement de la liberté de tester. Après d'autres il rejetait l'argument souvent invoqué de l'exemple de l'Angleterre : celle-ci avait su trouver dans les débouchés qu'elle offrait à ses puînés « un supplément de légitime ». Le baron de Montalembert (4) appuyait sur les avantages que la grande propriété foncière dont la loi favorisait la formation avait

(1) Pasquier, VI, ch. 3, p. 56.

(2) De Peyronnet signalait en terminant les fâcheux effets qu'avait eus pour les catholiques irlandais le Bill de la Reine Anne en ordonnant le partage égal des successions entre enfants. Cpr. sur ce bill Flach, *Histoire du régime agraire de l'Irlande*. Leçon d'ouverture faite au collège de France le vendredi 8 décembre 1882. Paris, 1883, p. 13. Sur l'erreur qu'il y avait à rapprocher le paysan français de l'irlandais, cpr. Brenzano, *op. cit.*, p. 77.

(3) *Archives parlementaires*, *op. cit.*, p. 501.

(4) *Id.*, p. 519.

au point de vue de la décentralisation et du gouvernement local. Le comte Siméon protestait contre la corrélation que le gouvernement voulait voir entre le régime successoral et le régime politique (1). « Il resterait à prouver, ajoutait-il, comment l'enrichi et les dépouillés puiseront dans la même loi qui les traitera si différemment un égal sentiment d'affection et de reconnaissance pour les principes monarchiques sous le nom desquels elle est demandée comment le préciput fera naître et entretiendra l'esprit de famille ? »

Pour Siméon la succession est de droit naturel, la loi civile ne peut créer des héritiers. L'article 745 du Code en appelant tous les enfants et descendants sans distinction de sexe ou de primogéniture à la succession de leurs ascendants « a plutôt déclaré un fait et proclamé un droit préexistant qu'il ne l'a établi ». Le père aime tous ses enfants également ; ceux-ci ont tous le même droit ; la préférence n'est qu'une exception, « elle appartient aux sentiments individuels et non à la loi qui ne peut avoir ni passion ni affection ». On invoque le bien public et le bien public exige qu'on ne trouble pas les familles, or elles le sont, la preuve en est dans les pétitions nombreuses (2) émanant de tous les coins de la France sans distinction de parti.

Le président du conseil n'intervint qu'assez tard dans la discussion (3). Il y avait eu auparavant des discours intéressants d'autres membres du gouvernement ainsi que de certains partisans du projet de loi. De leurs arguments il faut retenir ce fait que l'on était au Sud moins hostile qu'au

(1) *Archives parlementaires*, p. 527.

(2) Ces pétitions semblaient irriter le gouvernement ; le ministre de la marine, comte de Chabrol de Crouzol, les stigmatisait en ces termes au cours de la discussion : « C'est à cette tribune que tout doit être dit parce que tout peut être apprécié. »

(3) Séance du 3 avril 1826.

Nord à la transmission intégrale (1). M. de Villèle insista sur le côté politique de la loi. Ce que l'on voulait créer c'était une forte propriété moyenne ; c'était la « gentry » anglaise que le gouvernement se proposait d'introduire et de maintenir dans notre pays (2). M. Decazes montra l'œuvre spontanée de remembrement qui s'opérait sous le régime de partage égal. Il faisait valoir les ressources qui resteraient à la France dans l'hypothèse où le morcellement conduirait à un accroissement rapide de la population. Le duc de Broglie mit en lumière le double jeu du gouvernement : « on demande aux uns, dit-il, ceux qui trouvent la loi insuffisante, de fermer les yeux sur les vices du mode d'exécution en vue de la grandeur du principe ; aux autres de passer condamnation sur les principes attendu le peu d'énergie du mode d'exécution. On vante à ceux-ci la toute puissance du principe qui va régénérer les mœurs et à ceux-là la toute puissance des mœurs qui désarmera le

(1) Cpr. Discours du ministre de l'intérieur, M. de Corbières, séance du 31 mars 1826 ; du ministre de la marine, M. de Chabrol ; de MM. de Coislin et de Rouget. Le ministre de la marine disait en parlant du Midi : « Les anciennes traditions (de transmission intégrale) se sont tellement identifiées avec les mœurs et les habitudes que même après la suppression du régime féodal même sous la législation qui nous régit, qui semble avoir fait de l'égalité le principe et de l'inégalité l'exception, nous voyons toutes les familles, même celles des simples cultivateurs disposer de leur vivant et par institution contractuelle de tout ce dont la loi leur permet de disposer. »

(2) « Que deviennent sans la conservation des propriétés ces institutions départementales et municipales que l'on réclame avec tant de force et qui ne peuvent être organisées d'une manière utile qu'autant qu'il existe pour les composer des familles aisées attachées à la localité et en position de consacrer leur temps à des fonctions gratuites ? Que deviendrait le gouvernement de la Charte lui-même lorsque par défaut d'électeurs et d'éligibles la France se trouverait réduite à user dans la plupart des départements de la faculté laissée par l'article 39 de compléter le nombre de 50 éligibles en prenant parmi ceux qui ne paient pas 1000 francs d'impôts ? »

principe (1). » L'orateur faisait valoir les heureux effets du morcellement avec la petite culture « qui n'est pas sans doute la meilleure possible en théorie; mais en France jusqu'ici la seule compatible avec l'état donné des lumières et des capitaux ». Il s'attaquait ensuite à l'argument de la population; l'égalité dans les partages avec les facilités d'établissement qu'elle donne, n'était pas redoutable dans un pays qui ne s'accroissait que lentement (2). L'orateur reconnaissait les avantages de l'aristocratie anglaise mais se refusait à faire une part prépondérante au droit de primogéniture dans la constitution de celle-ci. « Depuis quand un heureux hasard aurait-il le privilège d'altérer la notion du juste et de l'injuste ? » Les événements ont parfois des conséquences déjouant toutes les prévisions : de la vénalité des charges était sortie une magistrature admirable : « on ne fera pas plus en France l'aristocratie anglaise au moyen du droit de primogéniture qu'on y referait les Parlements par la vénalité des charges de judicature. » Il fallait tenir compte des mœurs. « Sur ces points-là le plus simple manœuvre et le moindre artisan en savent tout autant que le plus grand des philosophes. » Le marquis de Lally Tollendal s'attaqua à l'égalité (3) elle-même en qualifiant Mirabeau de « génie monstrueux qui venait de mourir comme il avait vécu en insultant à la puissance paternelle et qui, pour se jouer de tout jusqu'à son dernier soupir avait dans la même heure, heure suprême, exercé tout à la fois et maudit le droit de tester » (4). La loi nou-

(1) Cpr. Brentano, *op. cit.*, pp. 71 et 72.

(2) M. de Broglie faisait remarquer qu'en 33 ans la population ne s'était accrue que de 1/6, de 25 millions elle était montée à 30 millions.

(3) « N'en viendra-t-on pas à nous dire : les aînés et les cadets sont égaux en âge devant la loi. »

(4) Il est fait allusion au discours composé par Mirabeau contre la liberté de tester qui fut lu le jour de sa mort (2 avril 1791) à l'Assemblée Constituante par de Talleyrand.

velle constituait un dédommagement des pertes subies par l'ancienne noblesse pendant la tourmente révolutionnaire ; sans doute on allait procéder à des réparations (milliard des émigrés), « mais le miracle de la bonté n'a pas pu atteindre le prodige de la spoliation ».

La loi fut rejetée à la date du 8 avril 1826 aux applaudissements de la France entière : elle était impopulaire non qu'elle effrayât mais en raison de la mauvaise pensée qu'on lui supposait. L'article 3 relatif aux substitutions fut adopté ; « on croyait, dit Pasquier, que le ministre ne le porterait pas à l'autre Chambre, ne trouvant pas qu'il en valait la peine ; mais pour rendre sa défaite moins sensible, il affecta de mettre encore un grand prix à la disposition consacrée et se hâta de la soumettre à la Chambre des députés. Elle y fut assez mal reçue : la droite la trouvant insuffisante et la gauche y voyant un premier pas fait dans une route qu'elle regardait comme pernicieuse. Toutefois comme les grands et véritables intérêts que le projet avait menacés se trouvaient sauvegardés, la Chambre des députés l'accepta dans les termes où celle des Pairs l'avait renfermée. » Elle devint la loi du 7 mai 1826 que l'article 8 de la loi des 17 janvier, 30 avril et 7 mai 1849 devait abolir pour revenir aux principes posés par le Code civil.

Cette proposition de loi de 1826 est intéressante. Elle organisait un système que les dernières lois sur l'Intestaterbenrecht direct ont reproduit, sans que celles-ci d'ailleurs aient été copiées sur la proposition française (1).

De part et d'autre toutefois même moyen et même but : organiser une répartition de la propriété foncière que l'on juge utile à la constitution sociale. De part et d'autre on tient compte des idées modernes en ne voulant pas porter

(1) Brentano, *op. cit.*, p. 51.

atteinte à la liberté de disposition du propriétaire ; on fait valoir que celui-ci pourra écarter l'application d'une loi dont il n'admet pas les principes, en vertu d'une simple disposition testamentaire ; mais on escompte qu'il ne sera pas fait usage de la liberté laissée, sinon la loi manquerait son but. Toutefois le point de départ des lois n'est pas le même et tel qui critique l'une ne doit pas nécessairement critiquer l'autre. Les lois d'Intestatanerbenrecht en Allemagne peuvent s'appuyer sur des coutumes quoiqu'elles aient aggravé parfois la portée antiégalitaire de celles-ci. Les coutumes françaises principalement au Nord (1) n'of-

(1) Ainsi qu'il a été constaté au cours de la discussion de la loi de Peyronnet, le Midi offrait des pratiques de transmission intégrale dont il eût été bon de faciliter la conservation en répondant aux idées des intéressés. Le côté politique de la loi de 1826 avait un peu trop fait oublier le côté économique et social de la question. Le gouvernement ne songeait qu'à ses électeurs et à ses éligibles propriétaires aisés et il ne pensait pas que tel petit cultivateur avait plus que les grands propriétaires besoin d'un régime permettant de maintenir l'intégralité de son domaine. Comme le dit M. Viollet (*op. cit.*, p. 878), « il ne répugnerait pas d'admettre par exemple qu'un montagnard pyrénéen et un citadin tourangeau ou parisien puissent être soumis à un régime successoral différent, alors que leurs besoins, leurs mœurs, leur régime économique sont si profondément dissemblables ». Cpr. Buchenberger, *Agrarwesen*, p. 487. Pour le surplus de la France vouloir à l'égalité légale substituer l'inégalité légale ce serait, pour me servir de la comparaison d'un auteur allemand qui l'applique à tort à l'Anerbenrecht, Stengele, *Die Bedeutung des Anerbenrechts für Süddeutschland*, p. 57, « avec autant de raison que quelqu'un pourrait exiger qu'un mort soit incinéré ou transporté à l'amphithéâtre parce qu'il n'a pas déclaré qu'il voulait être enterré, mais la mise en terre est la règle, l'incinération l'exception, par conséquent c'est la règle qui doit être appliquée tant que l'exception n'a pas été exigée d'une façon expresse. »

Le besoin d'unité et de simplicité législatives ne doit pas faire oublier la nécessité de l'adaptation de la loi aux fins des intéressés. On n'a pas pensé par exemple dans ces dernières années que les règles du Code civil en matière de louage pussent empêcher le vote des lois sur les biens à domaine congéable, sur les baux à complant. On a tenu compte dans ces deux lois des besoins particuliers de certaines régions. Peut-être d'ailleurs ne serait-il pas nécessaire de modifier la législation successorale *ab intestat* du Code civil. Une extension modeste de la liberté de tes-

fraient rien de semblable. Il est un côté politique de la question qui a disparu avec le régime censitaire ; il ne s'agit plus de maintenir une classe d'électeurs et d'éligibles, une classe politique, mais une classe sociale dont on escompte toutefois l'influence politique.

Les régimes qui suivirent la révolution de juillet revinrent aux principes du Code civil auxquels le premier Empire et la Restauration avaient apporté l'exception des majorats et des substitutions étendues (1). -

Sous le second Empire les attaques contre le Code civil ont été menées avec beaucoup d'autorité par M. Le Play dans les différents ouvrages consacrés par cet auteur à l'étude de notre organisation sociale (2). M. Le Play attribue au régime successoral *ab intestat* du Code civil qu'il appelle système du partage forcé les conséquences les plus fâcheuses au point de vue de la famille qu'il désagrège. Il veut restaurer celle-ci en renforçant la puissance pater-

ter ou simplement une interprétation plus exacte de la pensée des rédacteurs du Code, notamment en matière de partage d'ascendants aurait-elle les plus heureux effets.

(1) Loi du 29 décembre 1831 supprimant la pairie héréditaire, déclarant qu'à l'avenir aucune dotation ne pourrait être attribuée à la pairie ; loi du 12 mai 1835 interdisant l'institution des majorats, limitant à 2 degrés les majorats existants, permettant la révocation de la part du fondateur. Il n'était toutefois pas porté atteinte aux majorats de propre mouvement. La loi du 17 janvier, 30 avril et 7 mai 1849 complétait la précédente et abolissait en outre celle du 17 mai 1826. Le Play, *La réforme sociale en France*, Tours, 1887, I, p. 355 et seq. Brentano, p. 104 et seq. Aubry et Rau, §§ 695 et 697. Le seul majorat créé depuis, le fut au profit du maréchal Pélissier, duc de Malakoff, loi du 18 mars 1857 ; Le Play, Brentano, *loc. cit.*

(2) Cpr. l'œuvre fondamentale de Le Play, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, 7^e éd., 3 vol., Tours, 1887, principalement ch. 17 et seq.

Avant lui et dès la fin de la Restauration le grand romancier Balzac avait critiqué le Code sous la forme d'un éloge des projets de réforme successorale du gouvernement de Charles X. Voir les Paysans, le Curé de village. Cpr. Brentano, *op. cit.*, p. 107.

nelle ayant comme sanction de son autorité la liberté de tester. La conséquence de la liberté de tester est la constitution de la famille souche, avec transmission intégrale du bien de la famille à un seul des héritiers. Le bien subsiste en tant qu'unité, en tant que centre de la collectivité fondamentale de l'ordre social, les autres enfants ont la liberté de leurs bras et peuvent avec leur pécule trouver les moyens de subsister d'une façon avantageuse pour eux-mêmes et l'ensemble du pays. Le sol ne se morcelle pas, mais à cela il n'y a que des avantages ; il y a un moindre nombre d'individus qui y soient attachés par les liens tenaces de la petite propriété.

On a beaucoup reproché à M. Le Play de vouloir rétablir le droit d'aînesse (1). C'est là une inexactitude. L'aînesse fonctionnait en vertu de la loi à laquelle le chef de famille n'aurait pas pu déroger. L'auteur de la Réforme sociale ne demande rien qu'à la liberté ; il ne veut que l'introduction en France d'un régime qui fonctionne aussi bien dans la démocratique Amérique que dans l'aristocratique Angleterre. L'objection qu'on pourrait faire à M. Le Play est de ne pas tenir compte de l'impossibilité matérielle de l'exécution de ses projets de réforme en France ainsi, comme on l'a dit, de ce fait qu'en demandant avec instance une réforme générale du système de la réserve il soulève « les sentiments les plus enracinés et les plus historiques d'une bonne moitié du pays (2) ».

La réforme testamentaire n'est pas la panacée. On y a vu un moyen de remédier au fléau menaçant de la dépopulation en France : « puisque les familles françaises redoutent surtout d'avoir à émietter leur fortune c'est-à-dire à l'annihiler, il faut modifier profondément dans le sens

(1) Et ce reproche a été renouvelé récemment par M. Brentano, *op. cit.*, p. 116.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 861.

de la liberté les lois qui les y forcent » (1). Notre régime successoral n'est pas une nouveauté. Malthus et les auteurs du projet de loi de 1826 en attendaient tout autre chose qu'une stagnation de la population. Les pays qui, pratiquent un régime successoral sensiblement analogue au nôtre, ignorent ce danger « à l'exemple de l'Angleterre où la population croît vite sur un sol très peu divisé, il suffirait presque d'opposer l'exemple de la Belgique (2), où la population croît très vite aussi sur un sol bien plus morcelé que le nôtre ». Même constatation pour les régions de l'Allemagne où règne une législation analogue (3) à la loi française au point de vue successoral (4). Le danger ne réside pas dans le morcellement, conséquence de notre régime des successions. Comme le fait remarquer M. de Foville, « la moyenne propriété nous a toujours paru plus dangereuse à cet égard que la petite et tout au moins il nous semble que, lorsque le droit de propriété n'est administré qu'à dose homéopathique, il ne peut être considéré par personne comme une cause sérieuse de stérilité. Le petit propriétaire qui paie au percepteur de son village 5 francs, 8 francs, 10 francs, 12 francs d'impôt foncier

(1) Bertillon, *Le problème de la dépopulation*, Paris, 1897, p. 61.

(2) Quoiqu'il y ait dans les provinces wallonnes de la Belgique et dans la province mixte de Brabant une décroissance sensible de la natalité constatée avec plaisir en Allemagne où on escompte une extension de l'influence allemande, dans des régions jusqu'ici favorables à l'influence française. Les Flamands font de grands efforts pour obtenir à leur langue une situation analogue à celle qu'occupe la langue française. Cpr. sur l'amoindrissement de la natalité en Belgique, Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, t. IV, p. 593 et sq.

(3) Ou directement la législation française par exemple, Province Rhénane.

(4) Brentano, *op. cit.*, p. 137; Goldstein, *Die vermeintlichen und die wirklichen Ursachen des Bevölkerungstillstandes in Frankreich* (*Separat Abdruck aus der Bayrischen Handelszeitung*). München, 1898, p. 31.

n'est pas assez haut placé dans l'échelle sociale pour que ce soit la crainte de voir ses enfants déchoir, qui l'empêche d'en avoir plus d'un et comme son immeuble ne représente en somme que les économies de quelques années de labeur, il sait que chacun de ses fils quel qu'en soit le nombre pourra, en travaillant, se conquérir tôt ou tard un palais du même genre (1). » Des travaux récents ne font que confirmer les observations faites il y a quatorze ans. Ce sont les centres industriels français et quelques départements agricoles pauvres qui empêchent les décès d'excéder les naissances, ce sont surtout les départements contenant ce qu'on appelle en Allemagne un « Bauernstand » qui se montrent beaucoup plus réservés au point de vue de la natalité (2). Cela vient confirmer les observations de M. Miaskowski (3) qui voyait dans l'accroissement rationnel de la population dans les régions de moyenne propriété et de Bauernstand une de leurs supériorités sur les régions de petite propriété. Mais il parlait de lent accroissement, il ne parlait pas de stagnation ; nos paysans se sont malheureusement prononcés pour celle-ci (4).

La véritable cause du lent accroissement de la population française, qui n'est d'ailleurs pas un phénomène isolé (5) mais qui ne s'accuse nulle part avec autant de fermeté que chez nous, est une cause d'ordre moral qui réside dans le besoin de tranquillité et d'aisance lui-même conséquence de la civilisation telle que nous l'avons comprise. L'amour paternel y contribue aussi pour sa part ;

(1) De Foville, *loc. cit.*

(2) Goldstein, p. 34 ; Brentano, *op. cit.*, p. 138 ; Bertillon, p. 24. Cpr. dans Goldstein, les observations sur la Bretagne, p. 36 ; sur les départements du Nord et du Pas-de-Calais, p. 37. Ce sont les deux régions de la France qui accusent encore de bonnes conditions de natalité.

(3) Cpr. *suprà*, p. 574, note 3.

(4) Miaskowski, *op. cit.*, I, p. 88 et sq.

(5) Cpr. Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, pp. 593 et seq., 603 et seq.

le souci de faire à chaque enfant une situation analogue à celle que l'on a occupée soi-même joue également un rôle prépondérant. La préoccupation de ne pas émietter l'héritage (1) n'a qu'une influence accessoire ; on rencontre la réduction systématique du nombre des enfants ailleurs que dans les classes rurales, dans bon nombre de familles bourgeoises où la division de la fortune, souvent exclusivement mobilière, s'opérerait sans difficultés.

On a encore proposé une réforme du Code civil dans le sens de l'extension de la liberté testamentaire en vue de remédier au ralentissement qui s'est manifesté dans le développement de notre activité économique et de réveiller l'esprit d'initiative dont l'absence n'est pas le moindre défaut des Français modernes. Les Chambres de Commerce consultées il y a plus de vingt ans présentaient des observations en ce sens. Ce fut en quelque sorte l'écho de réclamations analogues adressées au législateur de la fin du second empire (2). « Il y en a quelques-uns, dit M. Brentano, qui voient dans le partage égal la cause de l'absence d'esprit d'initiative quoique celui-ci puisse s'expliquer suffisamment par un système d'éducation excluant toute critique indépendante et par une tutelle bureaucratique plusieurs fois séculaire (3). »

(1) Observations de M. le Dr Delbet au Congrès annuel de la Société d'économie sociale, 5^e réunion de travail, 24 mai 1897. Ces observations ont été émises au cours de la discussion générale qui a suivi le rapport de M. Thaller sur la jurisprudence de l'assurance sur la vie et la quotité disponible ; Leroy-Beaulieu, *op. cit.*, p. 616. M. Charlemagne (*loc. cit.*) dit fort bien « en considérant le petit nombre d'enfants chez les capitalistes dont la fortune se divise sans difficulté, je tiens pour certain que beaucoup de ménages dans leurs calculs inavouables se laissent conduire par la préoccupation de laisser à chacun le confortable et l'abondance. Ceux-là n'useront pas du disponible ».

(2) Cpr. pour plus de détails de Butenval, *op. cit.* p. 9 et seq et principalement l'important ouvrage de M. Albert, *La liberté de tester*, p. 823 et seq.

(3) *Op. cit.*, p. 139. Comme on l'a fait remarquer (Rapport cité de

Ce n'est pas à dire que notre Code civil soit exempt de tout reproche. Nous avons déjà signalé ceux que les adversaires du projet de loi de 1826 lui faisaient. Le baron Pasquier et le vicomte Lainé avaient reconnu les inconvénients qui résultaient des articles 826, 827, 832 et 833 qui poussaient à un partage irrationnel des biens et des exploitations. « Je ne verrais pas d'inconvénients, disait Pasquier (1), à propos des partages d'ascendants, à ce qu'on affermit à cet égard le pouvoir des ascendants de telle manière qu'il leur fût toujours loisible en se renfermant dans la quotité dont ils peuvent disposer de composer spécialement un des lots avec leurs propriétés foncières en rejetant dans les autres lots toute leur propriété mobilière. » Ces désirs de Pasquier sont encore restés à l'heure actuelle lettre morte, le vœu qu'il exprimait fréquemment renouvelé depuis n'a pas encore été exaucé.

L'application de l'article 832 déjà critiquable en lui-même en matière successorale *ab intestat* produit les résultats les plus fâcheux en matière de partage d'ascendants. Ce n'était peut-être pas répondre aux vœux du législateur que donner à cet article l'interprétation que la jurisprudence lui a donnée (2) en général ; la combinaison que celle-ci en fait avec les articles 1075 et seq. du Code civil va directement à l'encontre de la pensée très nette du législateur (3). Comme

M. Pauliat au Sénat p. 23), le droit d'aînesse a pu jouer autrefois un rôle considérable sur le mouvement d'émigration puissant et l'esprit de colonisation dans notre ancienne France. Toutefois c'est une erreur d'attribuer au droit d'aînesse la généralité que lui reconnaît ce rapport.

(1) *Archives parlementaires*, 46, p. 486.

(2) Glasson, *Réforme sociale*, 16 août 1889, p. 220 ; Brentano, *op. cit.*, p. 109 et le discours du tribun Chabot sur l'article 833 du Code civil (Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs. Paris, 1808, IV, 223).

(3) Cpr Hardy, *Les partages d'ascendants, leur rôle au point de vue économique et social, les réformes juridiques qu'ils réclament*, 5^e fascicule de l'enquête sur l'état des familles etc. faite sous les auspices de la Société d'économie sociale, p. 94 et seq.

on l'a dit avec justesse (1), autrefois la pratique avait tort d'exagérer le principe d'inégalité consacré par le droit féodal, aujourd'hui elle a le tort d'exagérer le principe d'égalité écrit dans le Code civil. C'est une idée qui commence à gagner les cercles législatifs. La loi de 1894 sur les habitations à bon marché permet dans son article 8 à l'époux survivant ainsi qu'à chaque héritier ou propriétaire de l'habitation prévue par la loi de reprendre la maison sur estimation. M. Siegfried le promoteur de cette loi a depuis voulu en étendre le bénéfice aux petits patrimoines d'une valeur déterminée; sa proposition adoptée sans débats par la Chambre a été accueillie en première délibération par le Sénat qui l'a modifiée sur plusieurs points importants. Nos lois facilitent donc actuellement à l'égard de certains biens la transmission intégrale mais sans cesser de rester fidèles au principe de l'égalité entre cohéritiers. Elles diffèrent profondément sur ce point des lois allemandes sur l'Anerbenrecht ; elles en diffèrent encore à un autre égard en ce sens que, répondant à la divergence qui existe entre la constitution sociale allemande et la constitution française, elles accordent toute leur attention à la petite propriété qui est un besoin de notre organisation démocratique. Les lois d'Anerbenrecht visent une classe supérieure de propriété.

Certains esprits croient actuellement pouvoir assurer la transmission intégrale avec inégalité, parfois nécessaire, à l'aide de la généralisation des assurances sur la vie. Un arrêt de la Cour de cassation (29 juin 1896), reconnaissant à la somme provenant d'un contrat d'assurance-vie le caractère d'un élément à part du patrimoine et n'y devant figurer ni au point de vue du rapport, ni au point de vue du calcul de la quotité disponible, a soulevé les plus gran-

(1) Glasson, *op. cit.*, p. 221.

des espérances. L'assurance sur la vie peut-elle prétendre dans cette voie à un brillant avenir, ne se heurtera-t-elle pas à nos mœurs égalitaires ? C'est une question qui peut être discutée et qui pour nous ne se résoudra pas dans un sens défavorable à l'égalité (1).

(1) Cpr. sur la question le rapport cité de M. Thaller sur la jurisprudence de l'assurance sur la vie et la quotité disponible.

CONCLUSION

Nous ayons essayé de montrer dans les pages qui précèdent quelle avait été l'évolution de la propriété familiale depuis l'époque très lointaine des *leges Barbarorum* jusqu'à notre époque. L'Allemagne possède encore sous des aspects divers de très importants vestiges de la vieille idée que l'on cherche actuellement à rajeunir en les accommodant au goût moderne, le *Stammgut*, le fidéicommis de famille et l'*Anerbengut*. En présence du courant égalitaire de notre époque qui s'y fait sentir comme partout ailleurs, avec moins de force peut-être, c'est une entreprise qui peut paraître délicate. Mais comme ces diverses institutions ont des attaches profondes dans le passé auquel elles se relient sans solution de continuité, qu'elles correspondent fréquemment à certains besoins, qu'elles trouvent leur appui dans les mœurs, il semble qu'elles soient appelées à fournir encore une longue carrière.

Le spectacle offert par notre législation est beaucoup plus simple, plus uniformes sont aussi nos mœurs et nos institutions. Nous avons rompu en 1789 brusquement avec notre passé ; la formule de l'égalité de tous devant la loi a produit l'effet d'une formule magique dont le charme ne paraît pas près de se dissiper. Toutes les tentatives faites en vue de modifier l'égalité proclamée par nos lois ont échoué. Aussi ne devons-nous demander qu'à nous-mêmes, à notre propre fonds les réformes dont notre législation successorale pourrait être susceptible. Certaines modifica-

tions, conformes à nos mœurs apportées à quelques articles du Code civil, donneraient déjà des résultats appréciables (1).

Théoriquement la liberté de tester ne manque pas de grandeur ; elle suppose chez celui qui réglemente la dévolution de ses biens, le sentiment développé de sa responsabilité, une connaissance très exacte de ses droits et de ses devoirs. Les arguments que l'on y oppose d'ordinaire en France ne portent pas, notamment la crainte de voir dépouiller la famille au profit d'étrangers. Les adversaires de la liberté de tester ont par contre raison d'opposer l'inutilité d'une réforme en ce sens, en présence de nos mœurs qui se sont habituées à tenir pour bon ce qui était légal et à voir dans les dispositions du Code la mesure du juste et de l'utile. Il est très peu fait usage de la quotité disponible : augmenter celle-ci ne produirait aucun résultat. Des mesures analogues à celles proposées en 1826, fussent-elles généralisées en vue de leur faire perdre leur caractère de législation de classe échoueraient encore plus qu'alors devant la résistance de tout le pays. Il n'y a place chez nous pour aucun *Anerbenrecht*.

Les graves questions de la solution desquelles dépend l'avenir de notre pays, celles de la colonisation et de la population sont surtout des questions morales et un article de plus ou de moins au Code civil ne contribuera que fort peu à leur dénouement. Une conception plus exacte des obligations de l'individu envers l'État, un égoïsme moins affirmé qui se décore du grand nom d'individua-

(1)... « Nous ne voyons point qu'on jette par terre toutes les maisons d'une ville pour le seul dessein de les refaire d'autre façon et d'en rendre les rues plus belles ; mais on voit bien que plusieurs font abattre les leurs pour les rebâtir, et que même quelquefois ils y sont contraints quand elles sont en danger de tomber d'elles-mêmes et que les fondements n'en sont pas bien fermes » (Descartes, *Discours de la méthode*, 2^e part., *Principales règles de la Méthode*).

lisme, un sentiment plus exact de la discipline et de la hiérarchie, tels sont les éléments importants d'une réforme nécessaire et dont le problème se résoud dans une question d'éducation (1).

(1) Sur les quatre variétés de patriotisme, cpr. Desmoulins, *A quoi tient la supériorité des Anglo-Saxons*, p. 295. Dans le cours de son ouvrage l'auteur se montre injuste à l'égard des qualités allemandes qui sont à mon avis au moins aussi efficaces au point de vue de la prospérité d'une race que l'individualisme anglais et l'avenir le montrera. C'est un point qui résulte des divers travaux de M. Blondel sur l'Allemagne contemporaine. L'éducation scolaire de l'Allemand est au point de vue des matières d'enseignement sensiblement analogue à celle du jeune Français. Mais à la différence de celui-ci le jeune Allemand se trouve saisi dès le début par une discipline sévère non inintelligente qui le prépare à obéir. A cela se joint un goût passionné pour l'association qui par la régularisation des efforts individuels en décuple les effets.

Il semble toutefois qu'il y ait quelques ombres au tableau actuel. M. le professeur Wagner à la conférence agraire de Berlin insistait sur les inconvénients qu'avait selon lui un trop rapide accroissement de la population allemande (*Agrarkonferenz*, p. 252). « Entre le Ein et Zweikindersystem (système de un ou de deux enfants, système français) et de 8 à 10 Kindersystem la vérité est dans le milieu. Ici aussi il est vrai de dire « Est modus in rebus ». Si nous avons par exemple une densité de population de 91 individus par kilomètre carré et que la France n'en ait que 71 nous avons un surplus de 25 0/0 tandis qu'en 1816 d'après les remaniements d'alors de la carte d'Europe la France avait 53 0/0 et nous seulement 46 0/0 d'habitants par kilomètre. Nous augmentons annuellement d'un homme par kilomètre et sous peu nous nous trouverons en présence de la question de la « surpopulation » la plus grave des questions politiques ou sociales. » M. le professeur Wagner était le seul à avoir des craintes : elles n'étaient pas partagées par le surplus de la conférence : les débouchés ne manquent pas à cette population exubérante surtout avec le développement industriel et commercial de l'Allemagne actuelle. Toutefois le maintien de ces débouchés est un peu à la merci du bon vouloir des nations auxquelles l'Allemagne expédie ses hommes et ses produits. Il est vrai qu'en échange des avantages commerciaux qui lui sont conférés, l'Empire offre un champ d'exploitation très rémunérateur, en raison de sa richesse croissante, pour ceux qui contractent avec lui. Il n'en cherche pas moins à parer à un danger possible en s'ouvrant des débouchés personnels dans les pays neufs que sa participation récente au mouvement colonisateur ne lui permet pas de trouver aussi lucratifs qu'il le voudrait. Les bonnes places sont prises ; mais elles ne

restent pas immuablement dans les mêmes mains : les derniers événements de la politique internationale seraient là pour nous le montrer. Comme le dit un des derniers auteurs qui aient écrit sur le droit international public, M. Ullmann, professeur à l'université de Munich (*Völkerrecht*, Freiburg-i-B., 1898, p. 294) : « Les conflits entre peuples et Etats résultent également de collisions d'intérêts. Mais l'objet litigieux ne peut pas être toujours déterminé : bien plus fréquemment le conflit n'est en dernière analyse que l'effet de facteurs impondérables de toute la vie nationale et politique des efforts des peuples de mettre en valeur pratique leur personnalité comme facteur efficace au sein de la communauté internationale. A cette occasion ce ne sont pas toujours des conceptions juridiques et morales généralement reconnues qui jouent un rôle : la cause reconnaissable du conflit indique beaucoup plus la prédominance de vues annonçant une méconnaissance des principes d'une coexistence pratique et d'une participation légale au concert des volontés des différents sujets du droit international. Les conflits entre les peuples sont fréquemment provoqués par l'apparition passionnée d'aspirations politiques dont la réalisation ne peut avoir lieu qu'en violentant ce qui s'oppose à leur réalisation. Dans des conflits de ce genre la solution est en règle soustraite à l'application de moyens pacifiques et d'une satisfaction juridique. L'issue du combat devenu inévitable par l'emploi de l'ensemble des forces des adversaires décide de la forme ultérieure de leurs rapports réciproques. »

Sous ce langage juridique et diplomatique se cache la formule très simple que par moments il est de nécessité que la force prime le droit. Ce sont des enseignements qu'il faut méditer.

Vu :

Le Président de la thèse,
CH. MASSIGLI.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

APPENDICE

Il n'entre pas dans le cadre de notre travail d'exposer avec détails l'histoire des régimes matrimoniaux en droit allemand, ce qui suit pourra être suffisant.

La plupart des régimes matrimoniaux germaniques constituaient ce que nous appellerions aujourd'hui des régimes sans communauté accordant au mari les plus larges pouvoirs d'administration. Cependant il y avait chez quelques races, les Francs ripuaires et les Westfalen, les germes du développement d'un autre régime, la communauté.

Les historiens du droit allemand ont donné au régime de droit commun la qualification de « Verwaltungsgemeinschaft » (communauté d'administration). Le mot a fait fortune ; il a été accueilli avec l'institution qu'il désigne comme régime matrimonial de droit commun par le nouveau B. G. B.

L'expression prête à de nombreuses critiques ; elle peut induire en erreur, elle donnerait à croire que les deux époux sont administrateurs communs des biens leur appartenant ; or le mari seul administre (1). Le mot n'est bon qu'autant qu'on l'applique aux patrimoines administrés non à l'administrateur. Il y a deux patrimoines administrés en commun par le mari (2).

C'est ce régime de Verwaltungsgemeinschaft que contenait le Sachsenspiegel. D'après lui la femme apporte en ménage une Aussteuer (dot) composée d'objets pouvant être utiles à une femme. Sur cette dot le mari a les plus larges pouvoirs de disposition ; mais à la dissolution du mariage la femme doit recevoir cette « Aussteuer » (*Gerade*) sinon *in specie* du moins *in*

(1) Cf. Gerber, *op. cit.*, p. 461, Anmerkung.

(2) Cf. l'addition de Cosack à la remarque de Gerber, *loco citato*. Cf. Schröder, *op. cit.*, p. 303, *ad notam* 195. Cf. Fipper, *op. cit.*, p. 24.

genere, c'est-à-dire que tous les objets ayant le caractère d'objets de « gerade » doivent être restitués à la femme (1). Le mobilier se divise ainsi en deux parties, l'une comprend les meubles ayant le caractère d'objets de gerade sur lesquels la femme a un droit imprécis tant que dure l'union, l'autre les meubles n'ayant pas ce caractère et soumis au droit de propriété non équivoque du mari. La femme prend sa part des acquisitions, mais indirectement non à titre de gain mais de réparation. Pour le surplus des biens séparation d'intérêts mais administration commune entre les mains du mari.

A partir du XII^e et du XIII^e siècle, sous l'influence d'un mouvement venu de l'Ouest, ce régime cède devant celui de la communauté sous ses divers aspects au Sud de l'Allemagne, sur les bords du Rhin en Westphalie et dans les villes du Nord de l'Empire. On a invoqué en faveur de ce changement des causes diverses. Pour les uns, M. Schröder par exemple, il n'y a dans les régimes de communauté que la transformation en coutume de clauses de style (Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, Stettin, 1863, 1871, in-4, Abteilungen II, 2, pp. 54, 174, 229, 223). C'est ne pas expliquer grand'chose, toute coutume est un produit d'habitudes juridiques et dire avec M. Schröder que les modifications des régimes matrimoniaux sont dues, à un « *gewonheitsrechtlicher Niederschlag von Eheverträgen* », c'est dire que les régimes matrimoniaux ne font pas exception à la règle, ce qui n'est que peu gagner pour la solution de la question.

Pour Heusler, t. II, p. 324, l'origine de la communauté doit être cherchée dans les coutumes des villes où elle répondait au besoin spécial de crédit du mari résultant des conditions économiques de la vie urbaine. La constatation de la présence de la communauté ailleurs que dans les villes suffit pour faire ressortir l'insuffisance de l'explication.

La vérité doit être cherchée dans l'évolution favorable qui s'opérait en faveur de la femme ; on tira de certains éléments favorables des coutumes germaniques toutes les conséquences dans le sens de ce mouvement.

(1) Cf. jusqu'à un certain point nos clauses de réalisation. M. Schröder caractérise bien la Gerade en disant que pendant le mariage c'était un « *Wandelbarer Vermögensbegriff* ».

A quel point cette modification de régimes matrimoniaux répondait aux besoins des contemporains, résulte de ce phénomène connu, que bon nombre de villes qui au moyen-âge empruntèrent à la ville de Madgebourg son statut urbain, ne le firent qu'en en excluant le système de la gerade adopté par ce statut (Schröder, *Rechtsgechichte*, pp. 669 et 726).

Depuis, la communauté sous ses diverses formes n'a cessé de jouir dans les diverses parties de l'Allemagne de la plus grande faveur. Elle a revêtu parfois des formes bien curieuses ; notamment celle de la communauté conditionnelle (Vieille communauté Westphalienne qui passa dans le droit de Lübeck où elle a été abolie en 1862, mais que certaines villes avaient empruntée au cours des âges à Lübeck pour ne la perdre qu'en 1900, Stettin par exemple. Cf. Zelter, *Die statutarischen Güter und Erbrechte in Pommern*. Stettin sans date) (1).

Le nouveau Code ne reconnaît plus les régimes de communauté en tant que régimes légaux, ce qui lui a été assez vivement reproché (Cf entre autres les critiques très vives de MM. Gierke dans les *Beilagen zur Allgemeinen Zeitung*, 1895, n° 222. Brenken, *Zur Reform des Anerbenrechts*, Paderborn, 1897, p. 6).

(1) Tous mes remerciements à M. Zelter pour l'obligeante communication de ce travail.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE	1

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

CHAPITRE I. — De l'organisation de la propriété germanique	11
CHAPITRE II. — Du « Beispruchsrecht »	15
CHAPITRE III. — Du retrait lignager.	83
CHAPITRE IV. — Des « Erbgüter ».	90

DEUXIÈME PARTIE

DES STAMMGÜTER

CHAPITRE I. — Historique	95
CHAPITRE II. — Droit actuel	108
§ 1. — Du sujet du « Stammgüterrecht ».	108
§ 2. — De l'objet du « Stammgüterrecht »	117
§ 3. — Des restrictions apportées au droit du propriétaire de disposer entre vifs.	125
§ 4. — De la transmission héréditaire des « Stammgüter » et des règles analogues de dévolution successorale des biens nobles	153
§ 5. — Position du nouveau Code civil à l'égard de nos institutions	167

TROISIÈME PARTIE

DES FIDÉICOMMIS

CHAPITRE I. — Historique	171
CHAPITRE II. — Législation actuelle.	195
§ 1. — Constitution du fidéicomis.	195
A. Formes	195
B. De la capacité requise pour fonder un fidéicom- mis	197
C. De l'objet du fidéicomis.	199
§ 2. — Effets du fidéicomis.	203
A. Situation juridique du titulaire du fidéicomis.	203
a) Ses droits	203
b) Ses obligations.	205
B. Situation juridique des « Anwärter »	207
C. De l'aliénation des biens soumis au fidéicomis	211
D. Des dettes de fidéicomis.	226
E. Distinction de la fortune fidéicommissaire et du patrimoine allodial.	231
F. De la succession au fidéicomis.	234
A) Caractère de cette succession	234
B) De l'aptitude à succéder.	235
C) De l'ordre de succession	239
§ 3. — Extinction du fidéicomis.	243
§ 4. — Position du nouveau Code civil à l'égard de l'insti- tution	245
§ 5. — Des attaques dont les fidéicomis sont l'objet et des arguments que l'on peut faire valoir en leur faveur	247
CHAPITRE III. — Des fidéicomis paysans.	305
§ 1. — Historique.	305
§ 2. — Droit actuel.	311
§ 3. — Résultats de cette législation.	324
CHAPITRE IV. — De l'allodification des fiefs et de leur transformation en fidéicomis	330

QUATRIÈME PARTIE

DE L' « ANERBENRECHT ».

CHAPITRE PREMIER	337
§ 1. — Considérations générales.	337
§ 2. — Historique.	341
A. Des origines au XIX ^e siècle	341
B. L'Anerbenrecht au XIX ^e siècle.	412
CHAPITRE II. — Législation actuelle	475
§ 1. — Système des « Höferollen »	475
A. De l'objet de l'Anerbenrecht.	475
B. Dévolution successorale.	478
C. De l'évaluation de l'Anerbengut.	479
D. Du préciput de l'« Anerbe » et des autres avantages qui lui sont faits	481
E. Droit de disposition du propriétaire du « Hof »	483
§ 2. — Système de l'« Anerbenrecht » <i>ab intestat</i> direct	485
A. De l'objet	485
B. Dévolution successorale.	487
C. Evaluation de l'« Anerbengut »	491
D. Avantages et obligations de l'Anerbe	493
E. Droit de disposition du propriétaire du Hof.	500
CHAPITRE III. — De lege ferenda.	502
CHAPITRE IV. — De l'Anerbenrecht au point de vue économique et social.	564

CINQUIÈME PARTIE

DE L'ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION SUCCESSORALE FRANÇAISE EN GÉNÉRAL ET DE LA CRITIQUE DU CODE CIVIL EN PARTICULIER. 605

CONCLUSION	643
APPENDICE.	647

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne)
